

RICARDO KLEINE DE MARIA SOBRINHO

**PERFIL CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO
NO DOMÍNIO ECONÔMICO**

**CURITIBA
2006**

RICARDO KLEINE DE MARIA SOBRINHO

**PERFIL CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO
NO DOMÍNIO ECONÔMICO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de mestre em Direito, pelo pro-
grama de pós-graduação da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Paraná

Orientador: Professor Doutor José Roberto Vieira

CURITIBA
2006

RICARDO KLEINE DE MARIA SOBRINHO

**PERFIL CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO
NO DOMÍNIO ECONÔMICO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Professor Doutor José Roberto Vieira
Professor da Universidade Federal do Paraná

Professora Doutora Betina Treiger Gruppenmacher
Professora da Universidade Federal do Paraná

Professor Doutor Luís Eduardo Schoueri
Professor da Universidade de São Paulo

Curitiba, 31 de julho de 2006.

AGRADECIMENTOS

Uma dissertação como esta é sempre produzida no silêncio solitário do diálogo entre a tela estéril do computador e o autor que, fervilhante de idéias — sejam elas boas ou ruins —, permanece cercado pelos livros. Mesmo esse momento silencioso é povoado por pessoas que, ao se fazerem presentes, permitem-lhe que o árduo trabalho torne-se mais leve, cada qual, à sua própria maneira, constituindo incentivo nessa construção que, individual, é também em alguma medida coletiva. Por isso se fazem imprescindíveis os agradecimentos.

Aos meus pais Vera Alice Kleine de Maria Sobrinho e Gildo José Maria Sobrinho, porque sem eles nada seria possível.

Ao Professor José Roberto Vieira, Mestre literato, que, dotado de sua magna sabedoria, ao impor questionamentos e suscitar dúvidas fundamentais, soube orientar o desenrolar desse texto a um mergulho mais profundo.

Aos Professores Marçal Justen Filho e Egon Bockmann Moreira, cujas lições de Direito Econômico tornaram-se pedra fundante de boa parte desta dissertação, devendo-se imputar os defeitos, as incorreções e as dificuldades de compreensão na matéria somente às limitações inerentes ao autor.

Aos Professores da Universidade Federal do Paraná, com especial destaque para Betina Treiger Grupenmacher, Celso Luiz Ludwig, César Serbena, Clèmerson Merlin Clève, Eduardo de Oliveira Leite, Eroulths Cortiano Júnior, Ivan Guérios Curi, Katie Silene Cáceres Argüelo e Ricardo Marcelo Fonseca, cujas ponderações em sala de aula certamente produziram mudanças na leitura que hoje faço da realidade — jurídica ou não.

Aos Professores André Renato Miranda Andrade, Dalton Luiz Dallazem, João Marcello Tramujas Bassaneze, José Carlos Cal Garcia Filho e Ubirajara Custódio Filho, responsáveis pelas minhas primeiras e importantes noções jurídicas.

Aos Doutores Leonardo Sperb de Paola e Reinaldo Chaves Rivera, cujo incentivo na busca de um curso de mestrado se fez forte e presente.

Aos Doutores Peregrino Dias Rosa Neto, Renato Beltrami, Michelle Pinterich,

Jaime Oliveira Penteado, Gerson Vanzin Moura da Silva e Luiz Henrique Bona Turra, pelas excelentes oportunidades que me propiciaram.

Aos Doutores Eros Santos Carrilho, José Rubens Cafareli, Nelson de Sá Ribas, Luciano Gomes Carrilho e Joel de Lima Gonçalves, pela gentil cessão do espaço que me permitiu a conclusão da escrita deste trabalho.

À amiga Letícia Guimarães, pelo apoio incomensurável.

Aos amigos Alessandra Mizuta, Alexandre Almeida da Silva, Camila Monteiro Pullin, Carla Martins Freitas, Christienne Krassuski Fortes, Flávio Geromini Penteado, Jacqueline Iwersen Loyola, Jorge Gomes Rosa Neto, Karina Pawlowsky, Luciano Anghinoni, Luiz Henrique de Andrade Nassar, Marcelo Costenaro Cavali, Nildo José von Lübke, Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Rafael Luís Brasileiro Kanyama, Ricardo Rondinelli Mendes Cabral, Safira Orçato Merelles do Prado, Sabrina Michele Souza de Souza Corrêa, Sérgio Augusto Kalil e Vinícius Rodrigues Lopes, sempre presentes em todas as horas, seja nos debates acadêmicos, seja simplesmente na amizade, e cujo apoio e estímulo constante foi de suma importância.

Às estagiárias Jenifer Bacon Modesto Assumpção, Juliana Martins, Maria Fernanda Wolff Chueire e Sabrina Megumi de Fátima Matozo, pelo trabalho competente e dedicado que sempre desenvolveram.

Finalmente, a todos aqueles outros que, conquanto não citados expressamente, também estiveram presentes em algum dos passos dessa jornada.

Naturalmente ninguém se ocuparia de estudos como esses se de fato não existisse um ser que se chama Odradek.
(Franz Kafka, *in* A Preocupação do Pai de Família)

A tributação dos últimos anos conduziu os contribuintes (em especial os assalariados) a tal estado que, hoje, só lhes resta a tanga.
E, além da tanga, restam-lhe apenas a fé e a esperança na mudança desse estado de coisas simultaneamente com a mudança dos Ministros da Fazenda e do Planejamento.
Porém, se a estes contribuintes tributarem até mesmo a tanga, então, perdidas estarão a fé e a esperança. Infelizmente existem fundadas razões para que tal aconteça.
(Alfredo Augusto Becker, *in* **Carnaval Tributário**)

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	III
SUMÁRIO	VI
LISTA DE ABREVIATURAS.....	IX
RESUMO.....	X
INTRODUÇÃO.....	1
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A CONTRIBUIÇÃO E O ODRADEK	1
2 PLANO DO ESTUDO A SER REALIZADO.....	4
PARTE I — NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: O CORTE EPISTEMOLÓGICO EFETUADO	7
CAPÍTULO I — A NORMA E O SISTEMA JURÍDICO.....	8
1 SOBRE A NORMA JURÍDICA E A LINGUAGEM	8
2 A NORMA JURÍDICA	10
3 ORDENAMENTO E SISTEMA JURÍDICO	11
4 TEORIA PURA DO DIREITO: A DINÂMICA JURÍDICA	15
4.1 A UNIDADE DO ORDENAMENTO: VALIDADE E NORMA FUNDAMENTAL	15
4.2 COERÊNCIA E COMPLETUDE.....	17
4.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA PURA DO DIREITO	20
5 ABERTURA E MOBILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO	21
6 VALIDAÇÃO CONDICIONAL E VALIDAÇÃO FINALÍSTICA	27
7 A CONSTITUIÇÃO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO: SISTEMA MÓVEL E ABERTO DE REGRAS E PRINCÍPIOS.....	31
CAPÍTULO II — ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA.....	35
1 ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA: ANTECEDENTE E CONSEQÜENTE	35
2 A NORMA TRIBUTÁRIA E SEUS CRITÉRIOS	36
2.1 NOTA TAXINÔMICA	36
2.2 O ANTECEDENTE NORMATIVO E SEUS CRITÉRIOS	37
2.2.1 Caracterização.....	37
2.2.2 Critério Material	38
2.2.3 Critério Espacial	39
2.2.4 Critério Temporal	40
2.3 O CONSEQÜENTE NORMATIVO E SEUS CRITÉRIOS	41
2.3.1 Caracterização.....	41
2.3.2 Critério Pessoal	42
2.3.3 Critério Quantitativo	44
2.4 A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA PARA PAULO DE BARROS CARVALHO: VISÃO GERAL.....	46
3 REPARO CRÍTICO: O DESTINATÁRIO CONSTITUCIONAL DA NORMA TRIBUTÁRIA	47
4 REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA: POSICIONAMENTO ADOTADO	49
5 PERFIL CONSTITUCIONAL E NÚCLEO DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA: UMA EXPLICAÇÃO NECESSÁRIA	50

CAPÍTULO III — DIREITO E ECONOMIA: RELAÇÕES INTERDISCIPLINARES	53
1 FENÔMENO NORMATIVO <i>VERSUS</i> FENÔMENO ECONÔMICO	53
2 A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DO ECONÔMICO	58
3 <i>LAW & ECONOMICS</i> : A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)	62
4 O FENÔMENO ECONÔMICO NORMATIVAMENTE RELEVANTE	65
PARTE II — A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA.....	69
CAPÍTULO IV — AS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E ECONOMIA: A ORDEM ECONÔMICA E A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA	70
1 AS NOÇÕES DE <i>ORDEM ECONÔMICA</i> E <i>CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA</i>	70
1.1 A AMBIGÜIDADE DA EXPRESSÃO <i>ORDEM ECONÔMICA</i> E SUA PROXIMIDADE COM O CONCEITO DE <i>CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA</i>	70
1.2 A <i>ORDEM ECONÔMICA</i> NA CONSTITUIÇÃO	72
1.3 <i>ORDEM ECONÔMICA VERSUS</i> CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA	77
2 INTERVENÇÃO E ATUAÇÃO DO ESTADO NA <i>ORDEM ECONÔMICA</i>	80
2.1 CLASSIFICANDO AS MODALIDADES DE ATUAÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA	80
2.2 A INTERVENÇÃO DIRETA POR PARTICIPAÇÃO.....	86
2.3 A INTERVENÇÃO DIRETA POR ABSORÇÃO	89
2.4 A INTERVENÇÃO INDIRETA (POR DIREÇÃO E POR INDUÇÃO).....	91
2.5 A PROBLEMÁTICA DO SERVIÇO PÚBLICO.....	91
2.6 SÍNTESE: ATUAÇÃO ESTATAL NA <i>ORDEM ECONÔMICA</i>	95
CAPÍTULO V — INTERVENÇÃO ESTATAL ECONÔMICO-TRIBUTÁRIA 96	
1 INTERVENÇÃO INDIRETA POR INDUÇÃO NA ECONOMIA	96
1.1 NOTA PRÉVIA	96
1.2 AS SANÇÕES “PREMIAIS”	97
1.3 A EXTRAFISCALIDADE: FUNCIONALIZAÇÃO <i>CONSCIENTE</i> DO TRIBUTO.....	103
2 INTERVENÇÃO INDIRETA POR DIREÇÃO NA ECONOMIA	108
2.1 A <i>FISCALIDADE TELEOLÓGICA</i> : VINCULAÇÃO DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO..	108
2.2 A AMPLITUDE DA INTERVENÇÃO POSSÍVEL NA <i>ORDEM ECONÔMICA</i>	113
2.3 A PROBLEMÁTICA DA DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO (DRU).....	118
3 A INSERÇÃO DAS CIDE’S COMO FERRAMENTA INTERVENTIVA	122
3.1 A DUPLA FUNCIONALIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SUAS POSSIBILIDADES	122
3.2 LIMITES À INSTITUIÇÃO DAS CIDE’S	124
PARTE III — O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	138
CAPÍTULO VI — BREVE REVISTA NA CLASSIFICAÇÃO DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS.....	139
1 NOTA PRÉVIA	139
2 AS CLASSIFICAÇÕES NO DIREITO	142
3 AS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS	145
3.1 GENERALIDADES	145
3.2 OS IMPOSTOS	147
3.3 AS TAXAS	148
3.4 AS CONTRIBUIÇÕES E SUAS SUBESPÉCIES.....	150

4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA A INSTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	155
CAPÍTULO VII — CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: SUA REGRA-MATRIZ POSSÍVEL	157
1 A REGRA-MATRIZ POSSÍVEL	157
2 A MATERIALIDADE POSSÍVEL	159
2.1 DELIMITAÇÃO DO CRITÉRIO	159
2.2 MATERIALIDADE DA CIDE COM FUNÇÃO EXTRAFISCAL	161
2.3 MATERIALIDADE DA CIDE COM FUNÇÃO FISCAL TELEOLÓGICA	165
3 CRITÉRIO PESSOAL DA HIPÓTESE NORMATIVA (O DESTINATÁRIO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO)	168
4 O SUJEITO ATIVO POSSÍVEL: A PROBLEMÁTICA DA PARAFISCALIDADE	169
5 O SUJEITO PASSIVO POSSÍVEL	173
6 A BASE DE CÁLCULO POSSÍVEL	174
7 A ALÍQUOTA POSSÍVEL	175
8 O CRITÉRIO TEMPORAL POSSÍVEL	176
9 O CRITÉRIO ESPACIAL POSSÍVEL	177
CONCLUSÕES	179
1 IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	179
2 SÍNTESE CONCLUSIVA DO TRABALHO	180
3 O QUE RESTA DO ODRADEK?	186
BIBLIOGRAFIA	187
ANEXO I — TABELA COMPARATIVA: PERCENTUAL DE ARRECADAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES EM GERAL E DAS CIDE'S EM PARTICULAR	199
ANEXO II — TABELAS E GRÁFICOS DE ARRECADAÇÃO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL	201

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
AFRMM	Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante
ATP	Adicional de Tarifa Portuária
c/c	combinado com
CF	Constituição Federal
CIDE	Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico
COFINS	Contribuição para o Fim Social
CPMF	Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
CSL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CTN	Código Tributário Nacional
DRU	Desvinculação de Receitas da União
EC	Emenda Constitucional
ECT	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
IBET	Instituto Brasileiro de Estudos Tributários
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IPi	Imposto sobre Produtos Industrializados
PIS	Programa de Integração Social
RDA	Revista de Direito Administrativo
RDDT	Revista Dialética de Direito Tributário
RDPE	Revista de Direito Público da Economia
RDT	Revista de Direito Tributário
RE	Recurso Extraordinário
RTDP	Revista Trimestral de Direito Público
PASEP	Programa de Formação de Patrimônio do Servidor Público
PIS	Programa de Integração Social
SRF	Secretaria da Receita Federal
UFPR	Universidade Federal do Paraná
<i>v.g.</i>	<i>verbi gratia</i>

RESUMO

O ordenamento jurídico, fundado pela Constituição e pelos princípios nela constantes, é aberto semântica e pragmaticamente, tendente à coerência e à unidade e a validação de suas normas pode ser condicional ou finalística. Tais normas jurídicas têm estrutura bimembre, compostas por um descritor — formado pelos critérios material, espacial, temporal e pessoal da hipótese (destinatário constitucional) — que imputa consequências a um prescritor — formado pelos critérios subjetivo, no qual se alocam os sujeitos ativo e passivo, e quantitativo, no qual se alocam a base de cálculo e a alíquota. A hermenêutica normativa utiliza-se da Análise Econômica do Direito, funcionando a Economia como ferramenta de interpretação apenas quando a norma elege um objetivo econômico como sua condição de validade. Da Constituição Econômica é possível aduzir as formas interventivas na economia, que podem ser diretas — por absorção ou participação — ou indiretas — por direção ou indução —, permanecendo o serviço público como atividade econômica *lato sensu*, alijado das modalidades interventivas porque integrante da atividade econômica própria do Estado. A extrafiscalidade realiza intervenção por indução, ao estabelecer sanções “premiais” e estimular ou desestimular os agentes econômicos a praticarem certas condutas no mercado. De outro lado, o tributo também se pode valer de uma função fiscal para arrecadar verbas suficientes ao financiamento de intervenções econômicas, devendo haver, nessas hipóteses, vinculação das receitas obtidas. As CIDE’s que cumprem ambas as funções assim descritas podem ainda incidir sobre os serviços públicos, nas hipóteses em que eles sejam comerciais e industriais, prestados sob regime de Direito Privado, por via de concessão. As desvinculações de receitas operadas nas contribuições interventivas são inconstitucionais, pois desrespeitam a principiologia constitucional que orienta a intervenção, produzindo disfuncionalidade. A intervenção tributária sofre, ainda, limitações, na medida em que se deve pautar pelos princípios da segurança jurídica, legalidade, especialidade (“tipicidade”), capacidade contributiva — implicando vedação ao confisco —, isonomia, livre iniciativa, propriedade privada, função social da propriedade e proporcionalidade. Os tributos classificam-se por um critério intrínseco — materialidade —, resultando em três espécies — impostos, taxas e contribuições — e um extrínseco — finalidade —, que produzirá subespécies. As CIDE’s podem ser impostos quando cumpram função preponderantemente extrafiscal, ou contribuições *stricto sensu*, no caso de cumprirem funções fiscais. A materialidade das CIDE’s extrafiscais é delimitada pelos impostos, taxas e contribuições já existentes, sendo vedada a sobreposição de materialidades, que por sua vez é possível nas CIDE’s com função fiscal. O destinatário constitucional deve ser sujeito ligado à intervenção praticada. O sujeito ativo é a União, permitida a parafiscalidade, inclusive para Agências Reguladoras. O sujeito passivo identifica-se com o destinatário constitucional. A base de cálculo deve medir o critério material, e a alíquota deve ser suficiente para cumprir a finalidade sem desrespeitar a capacidade contributiva. Os critérios espacial e temporal são livres, desde que respeitada a isonomia no grupo eleito para a intervenção.

INTRODUÇÃO

“Às vezes, quando se sai pela porta e ele está inclinado sobre o corrimão logo embaixo, tem-se vontade de interpelá-lo. É natural que não se façam perguntas difíceis, mas sim que ele seja tratado — já o seu minúsculo tamanho induz a isso — como uma criança. ‘Como você se chama?’ pergunta-se a ele. ‘Odradek’, ele responde. ‘E onde você mora?’ ‘Domicílio incerto’, diz e ri; (...) Em geral com isso a conversa termina. Aliás mesmo essas respostas nem sempre podem ser obtidas; muitas vezes ele se conserva mudo por muito tempo como a madeira que parece ser”¹.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A CONTRIBUIÇÃO E O ODRADEK

O Odradek é uma espécie de carretel de linha achatado, em forma de estrela e parece recoberto de velhos e rotos fios de linha, que são dos mais variados tipos e cores e apresentam-se emaranhados. Uma vareta sai do centro da estrela e forma, com outra vareta, um ângulo de noventa graus, permitindo ao Odradek, apoiado nessas varretas de um lado e em uma das pontas da estrela de outro permanecer equilibrado em pé, como se tivesse duas pernas. Sua origem e função são completamente desconhecidas, especialmente porque, habilidoso e rápido, o Odradek jamais é capturado. Vaga de casa em casa, sem ter qualquer domicílio certo e, quando questionado, apenas responde laconicamente, sem fornecer qualquer informação que permita compreendê-lo. Talvez ele esteja quebrado ou não tenha função, e nem mesmo é possível saber quanto tempo ele permanecerá existindo — certamente sobrepujará nossas vidas².

Com essa pequena parábola, FRANZ KAFKA fala-nos do mistério, do intangível, daquilo que a mente humana não consegue apreender porque hermético em uma realidade estranha à nossa. O Odradek, personagem inusitado, é o desconhecido, o híbrido, o disfuncional.

Saindo desse universo onírico e surreal, entramos na realidade jurídica brasileira — que, afinal, consagra figuras e institutos que parecem ainda insertos naquele

¹ FRANZ KAFKA, A Preocupação do Pai de Família, in **O Médico Rural**, p. 41.

² *Ibid.*, p. 41-42.

universo de sonho kafkiano: são desconhecidas, híbridas, de difícil trato e compreensão pelos juristas que delas se ocupam. São pequenos Odradeks que, espalhados em nosso universo, produzem efeitos que não conseguimos apreender corretamente e, por isso, demandam investigação. Um deles, cuja relevância é crescente na atualidade, é a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Ela é híbrida e estranha, provoca perplexidades, parece inapreensível. Mas existe, cresce e multiplica-se. Demanda, pois, estudo.

De fato, na realidade nacional, as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) parecem estar cada vez mais tomando vulto como fonte arrecadatória do Estado³. Inscritas no artigo 149 da Constituição Federal, têm suscitado numerosas dúvidas quanto à sua instituição, isto porque, a par de serem contribuições, extrapolam, ao menos em parte, o domínio constitucional tributário em que costumam ser estudadas tais figuras jurídicas para se imiscuírem em campo de atuação estatal sobre a economia, ensejando estudo sob ângulo diferenciado: o da intervenção econômica — é a manifestação do híbrido.

O regime jurídico, portanto, respeitante a tais subespécies tributárias, não se limita aos pressupostos de validade de qualquer outro tributo, mas adiciona-lhes pressupostos ligados à atuação concreta do Estado enquanto dirigente de políticas econômicas. Nesse sentido, MARCO AURÉLIO GRECO menciona a finalidade como qua-

³ Pesquisa nos dados de arrecadação da Secretaria da Receita Federal nos dá conta de que as contribuições, de um modo geral, têm sido responsáveis por cerca de 50% do volume arrecadado pela União. Porém, muitos dados não estão explicitados nas tabelas da SRF, tornando difícil a obtenção de informações sobre os montantes efetivamente arrecadados com as CIDE's. Apenas a CIDE combustível é identificada como uma receita separada nesses dados, e seu percentual, em relação ao montante total dos tributos geridos pela SRF, decresceu de cerca de 3% em 2002 para algo próximo de 2% ao final de 2005 — e a média mantém-se no primeiro trimestre de 2006. Em valores absolutos, todavia, os importes têm aumentado. Contudo, estudos mais rigorosos devem ser feitos, pois os dados podem estar sendo falseados, já que não estão corrigidos monetariamente. Fizemos uma tabela comparativa dessa arrecadação, e que pode ser consultada no anexo I. No anexo II constam as tabelas originais da SRF utilizadas em nosso comparativo. Os dados foram obtidos no site do Secretaria da Receita Federal, em <www.receita.fazenda.gov.br>, com acesso em 18 de abril de 2006. Também JOSÉ ROBERTO VIEIRA, a respeito das contribuições, anota que tomadas em conta “(...) apenas a COFINS, a CPMF, a CSL e o PIS/PASEP, as principais Contribuições para a Seguridade Social, excluídas as Contribuições Previdenciárias, suas respectivas arrecadações, somadas, perfazem quase a metade (46,6%) da arrecadação tributária federal de 2003” — Prefácio. Contribuições das Empresas para a Seguridade Social: Miséria, Dificuldade e Interesse, in NICOLAU KONKEL JUNIOR, **Contribuições Sociais**: Doutrina e Jurisprudência, p. 19.

lificador da contribuição interventiva — se há uma finalidade, é porque se busca a obtenção de um resultado —, apontando ainda a existência de um motivo — novamente, aqui, motivo significa querer um resultado específico, como correção de um determinado problema identificado — para a intervenção como legitimador dessa espécie jurídica⁴.

Trata-se, então, da consecução de resultados econômicos concretos, utilizada a contribuição como meio para sua obtenção: essa a finalidade constitucionalmente identificável para as CIDE's. Daí porque a tributação ser o meio, e não o fim em si próprio, o que importa dizer que a marca indelével dessa subespécie tributária é a *funcionalidade*.

A combinação das normas que compõem um regime constitucional econômico-tributário já produz um campo de análise repleto de dificuldades, devido às suas aparentes contradições principiológicas⁵. O fato de tal intervenção ser feita por meio de contribuições em nada simplifica a tarefa, haja vista a multidisciplinaridade exigida no escopo de atingir-se as metas econômicas — finalidade da intervenção, e, portanto, da instituição da contribuição — traçadas pelos planos estatais de desenvolvimento⁶.

Assim, uma análise jurídica o mais completa possível da figura não poderia prescindir de um mergulho na disciplina econômico-constitucional, bem como não poderia ser apartada de considerações que levem em conta seu flagrante caráter funcional. Como dito, a função constitucionalmente relevante das CIDE's não é necessa-

⁴ Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico: Parâmetros para sua Criação, *in* MARCO AURÉLIO GRECO (coord.), **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins**, p. 9-32.

⁵ A intervenção estatal negativamente induzida, quando operacionalizada pela via tributária, choca-se com a idéia de capacidade contributiva (isonomia tributária) — mas não com a legalidade —, podendo mesmo resvalar em atitudes confiscatórias por parte do Estado, afastando-se em muito da neutralidade por que se deveriam caracterizar as figuras tributárias. É preciso observar, entretanto, sobre este ponto, que todo e qualquer tributo, por mais neutro que pretenda ser, sempre será caracterizado, do ponto de vista econômico, como intervenção na esfera de propriedade privada do particular.

⁶ Sem dúvida, ainda que a Economia seja disciplina extrajurídica, que deve informar apenas o processo de formalização da norma, enquanto discussão sobre qual a norma mais adequada à intervenção econômica que se pretende executar, algum conhecimento básico dessa ciência é imprescindível a quem se aventure a compreender o âmbito jurídico de atuação de normas econômico-interventivas. É que, se se trata de averiguar se a finalidade da norma foi cumprida, fatalmente deveremos saber se os resultados de sua aplicação no mundo do ser são efetivamente aqueles pretendidos quando da elaboração legislativa.

riamente a arrecadação, mas a produção de um determinado resultado econômico⁷.

A análise de um perfil constitucional completo das CIDE's envolve, portanto, profundo mergulho na Constituição Federal de 1988, para destacar não apenas seus pressupostos tributários, mas também seus fundamentos constitucionais-econômicos. A interpretação constitucional não pode ser feita em tiras⁸. Deve ser sempre sistemática e voltada a uma hierarquização axiológica⁹.

Cientes, portanto, de que o tributo sob análise é bem mais complexo e envolve considerações muito mais abrangentes do que apenas seu estudo sob o enfoque tributário, efetuaremos um estudo constitucional de maior amplitude, que procure abarcar a realidade em que mergulhadas as CIDE's.

O Odradek precisa ser pesquisado.

2 PLANO DO ESTUDO A SER REALIZADO

A complexidade do tema sob análise e o intrincado entrelaçamento de suas várias facetas impõe a compreensão de um todo integrado, que não pode ser recortado em parcelas, sob pena de inexistência de qualquer sentido jurídico próprio na atuação das CIDE's. Desse modo, elas carecem de significação se isoladas do estudo da Constituição Econômica, e tampouco retêm qualquer significado se apuradas somente em recorte que lhes pretenda surpreender os aspectos tributários. Daí termos proposto a divisão do tema em dois grandes ângulos: aquele que privilegia o estudo da Constituição Econômica e aquele que dá premência ao estudo da Constituição Tributária.

Alerte-se, contudo, que várias das facetas de cada qual dessas subáreas só fa-

⁷ Tal resultado econômico pode ser produzido de duas maneiras: ou a contribuição serve para arrecadar verbas necessárias a custear uma determinada intervenção, ou presta-se, ela mesma, a realizar a intervenção, tão-só pelo fato de incidir sobre determinada atividade econômica, retirando parte da riqueza particular e tornando desinteressante a exploração da atividade por adicionar-lhe custos proibitivos — cf. LUIZ FERNANDO SCHUARTZ, *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Atuação do Estado no Domínio Econômico*, in MARCO AURÉLIO GRECO (coord.), **Contribuições...**, *op. cit.*, p. 33-60, especialmente p. 38-39.

⁸ EROS ROBERTO GRAU, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**, *passim*.

⁹ JUAREZ FREITAS, **A Interpretação Sistemática do Direito**, especialmente p. 113-130.

zem sentido se vistas em integração com a outra área. Assim, a imposição constitucional de intervenção econômica pela via tributária somente pode ser completamente entendida quando lhe sejam agregados os limites do sistema tributário. De outro lado, a formulação legislativa de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico é vazia de qualquer significado se não lhe for dado o estofo das funções previstas na Constituição Econômica.

Aqui se percebe, já, que o tema será tratado em seus diversos aspectos, ou facetas, de maneira parcial, apenas sendo possível o desenho do perfil a que nos propomos na integração dessas várias facetas, ao final do trabalho — o que se depreenderá da leitura de cada qual dos aspectos analisados. Construimos, para tanto, um plano dividido em três partes: a primeira, fornecendo a base epistemológica de estudo; a segunda, os critérios advindos da Constituição Econômica; e a terceira, os pressupostos da Constituição Tributária. Indiquemos, brevemente, o que cada qual dessas partes deverá conter.

Antes, porém, detenhamo-nos rapidamente na observação com a qual PAULO DE BARROS CARVALHO inicia sua tese intitulada “Teoria da Norma Tributária”:

Qualquer trabalho jurídico de pretensões científicas impõe ao autor uma tomada de posição no que atina aos conceitos fundamentais da matéria em que labora, para que lhe seja possível desenvolver seus estudos dentro de diretrizes seguras e satisfatoriamente coerentes. E, desde logo, se coloca o problema da própria conceituação do Direito, na medida em que se procura discorrer sobre a natureza e estrutura interior da norma jurídica, posto que falar em norma jurídica, em última análise, é tratar do próprio Direito [*sic*]¹⁰.

Essa importante observação remete-nos, diretamente, ao objeto da parte I do presente trabalho, na qual pretendemos revelar o corte epistemológico que efetuamos, objetivando alcançar a compreensão do perfil constitucional das contribuições de intervenção no domínio econômico, objeto último e principal da presente dissertação.

É por isso que, desde logo, iniciamos o capítulo anotando os aportes lingüísticos do Direito, que nos servirão, posteriormente, para elaborar as noções de norma jurídica (capítulo II), destrinchando seus elementos. Em seguida (capítulo III), busca-

¹⁰ PAULO DE BARROS CARVALHO, **Teoria da Norma Jurídica**, p. 29.

remos compreender com alguma profundidade as relações entre as Ciências do Direito e da Economia, eis que tais noções também são fundamentais ao desenvolvimento do tema principal.

Neste passo, estaremos aptos a mergulhar no estudo da Constituição Econômica. Assim, primeiramente, compreenderemos as diferenças entre Constituição Econômica e ordem econômica, para depois apreendermos as formas pelas quais a intervenção nessa ordem econômica se realiza (capítulo IV). De posse dessas noções, estaremos aptos a perquirir quais são as formas utilizadas pelas CIDE's para realizar a intervenção, e que limites essas formas encontram (capítulo V).

Delineadas tais noções, poderemos, então, ater-nos à dimensão tributária, entendendo como se classificam as contribuições interventivas (capítulo VI) e traçando sua regra-matriz (constitucional) de incidência, movimento que faremos no capítulo VII¹¹. Esses dados todos permitir-nos-ão, quando da conclusão, em vista panorâmica, apreender o verdadeiro perfil constitucional traçado para essas figuras tributárias.

O estudo assim delineado parece, contudo, deveras árido e abstrato, sem tocar a realidade jurídica concreta, que é aquela que mais próxima está do dia-a-dia do cidadão. Observamos, sobre o ponto, que tal realidade só pode ser compreendida em sua plenitude a partir de um marco teórico referencial sólido, do qual pretendemos aqui fornecer, ao menos, os contornos. Desse modo, não nos desligamos da realidade, mas servimos a ela estabelecendo pontos de referência para a sua compreensão. Estamos, neste sentido, com PONTES DE MIRANDA, quando ele afirma, apoiado em JEHRRING, que “*A Ciência precisa, para ser verdadeiramente prática, não se limitar ao prático*”¹².

Passemos, pois, ao estudo.

¹¹ Sobre a regra-matriz constitucional de incidência, v. item 5 do capítulo II, p. 50-51.

¹² **Tratado de Direito Privado**, v. 1, p. 29.

**PARTE I — NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: O CORTE EPISTEMOLÓGICO
EFETUADO**

CAPÍTULO I — A NORMA E O SISTEMA JURÍDICO

‘Repetimos que a norma jurídica era a única perspectiva através da qual o Direito era estudado, e que o ordenamento jurídico era no máximo um conjunto de normas, mas não um objeto autônomo de estudo, com seus problemas particulares e diversos. Para nos exprimirmos com uma metáfora, considerava-se a árvore, mas não a floresta’¹³.

1 SOBRE A NORMA JURÍDICA E A LINGUAGEM

A linguagem é veículo de comunicação e de construção do mundo. Sem linguagem, certamente estaríamos situados em um mundo completamente diverso daquele em que nos encontramos hoje. É a linguagem que constitui e constrói o conhecimento e o próprio homem enquanto sujeito do conhecimento. O sujeito só pode existir porque é uma construção da linguagem¹⁴. Todo o nosso sistema de conhecimento é derivado da linguagem e por ela construído, e isso inclui o Direito, que é uma linguagem e se expressa em linguagem.

De fato, a centralidade do Direito, enquanto ciência, pode ser encontrada na norma. Direito, em outras palavras, é norma, porque o objeto da Ciência do Direito é a norma, como se verá no item seguinte com maiores detalhamentos. A norma jurídica expressa-se em linguagem, e, exatamente por este motivo, *Direito é linguagem*¹⁵.

¹³ NORBERTO BOBBIO, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, p. 20.

¹⁴ De fato a linguagem, o discurso e as práticas sociais formam e condicionam sujeitos de conhecimento. A obra de MICHEL FOUCAULT é bastante rica nesse sentido. Cf., v.g., **A Verdade e as Formas Jurídicas**, obra na qual o autor analisa as relações entre os saberes — os discursos da verdade — e as formas de sujeição e criação de novos sujeitos de conhecimento, bem como o papel do discurso jurídico na produção da verdade.

¹⁵ PAULO DE BARROS CARVALHO indica, com precisão, que “Ali onde houver direito, haverá normas jurídicas (Kelsen). A que poderíamos acrescentar: e onde houver normas jurídicas haverá, certamente, uma linguagem em que tais normas se manifestem” — **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**, p. 17. Para SACHA CALMON NAVARRO COELHO, “As normas, cuja função é ordenar o social, são viabilizadas pela linguagem e, por isso, é lícito dizer que são uma *função* da linguagem ou que existem em razão dela”. E, pouco mais adiante, expõe esse autor que “O Direito, enquanto técnica de disciplinamento e controle social apresenta-se formalizado através da linguagem escrita ou oral (leis e costumes)” — **Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da Exoneração Tributária (O Significado do art. 116, parágrafo único, do CTN)**, p. 35. Por tudo isso, estamos com JOSÉ ROBERTO VIEIRA, para quem “(...) a *Linguagem do Direito é a casa do seu ser*” — **A Regra Matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto**, p. 51.

Cabe, neste ponto, fazer breve exame da distinção entre texto legal e norma: são categorias diversas que não se identificam uma com a outra, embora se relacionem intimamente. O texto, de um lado, é constituído por uma série de caracteres, de letras, de grafemas. Trata-se de riscos de tinta em um papel, sem qualquer outro sentido a não ser aquele convencionado pela mente humana, o que implica dizer que o texto só passa a ter sentido quando lhe construimos um significado a partir de nossas convenções linguísticas¹⁶. A escrita, deve-se observar, é apenas uma das formas de construção linguística — forma veiculada pelo texto. Este é, na expressão de PAULO DE BARROS CARVALHO, o “*substrato material*” da norma, mas com ela não se confunde¹⁷. Os textos normativos “(...) *são meros estímulos que desencadeiam em nós produções de sentido*”¹⁸.

A norma, de outro lado, é construída a partir do texto, desdobra-se dos significados apreendidos pelo intérprete a partir dos signos textuais lançados sobre o papel. Dos enunciados, fixados como texto, partimos para as significações, construindo-as, por via da interpretação, obtendo a norma e, já no mesmo instante, aplicando-a¹⁹. Por isso, para EROS ROBERTO GRAU o intérprete produz a norma, que se encontra “(...) *em estado de potência, involucrada no texto e o intérprete a desnuda. Neste sentido — isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado — é que afirmo que o intérprete ‘produz a norma’*”²⁰.

¹⁶ Assim também pensa EROS ROBERTO GRAU, ao dizer que a linguagem é “(...) *um sistema ou conjunto de vocábulos convencionais*”, de modo que “(...) *os significados das palavras ou expressões linguísticas dependem sempre de uma convenção*” — **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, p. 196.

¹⁷ **Direito Tributário...**, *op. cit.*, p. 15. E continua o autor, para dizer que “*o texto ocupa o tópico de suporte físico, base material para produzir-se a representação mental na consciência do homem (significação) e, também, termo da relação semântica com os objetos significados*” — *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 16-17.

¹⁹ Tomamos aqui a lição de EROS ROBERTO GRAU, para quem o ato de interpretar e de aplicar o Direito é um só — **Ensaio e Discurso...**, *op. cit.*, p. 25. Indo um pouco mais longe, adicionamos ainda a lição de JUAREZ FREITAS, que sublinha o fato de que interpretar uma única norma significa interpretar o sistema jurídico inteiro — **A Interpretação...**, *op. cit.*, p. 70-75. Assim, poderíamos dizer que a interpretação/construção/aplicação de uma norma importa diretamente a interpretação/construção/aplicação de todo o sistema jurídico.

²⁰ **Ensaio e Discurso...**, *op. cit.*, p. 22. GRAU utiliza, para explicar o fenômeno da interpretação/produção da norma, a metáfora da Vênus de Milo: a três escultores é encomendada uma estátua da Vênus de Milo em um bloco de mármore. A escultura é a mesma, mas cada artista sente e enxerga a obra de um ângulo que lhe é peculiar, daí a produção de três estátuas não exatamente idênticas, mas

Mas o que é, o que representa exatamente a norma, esse produto de caráter alométrico construído pelo intérprete? Buscaremos responder a essa questão no item a seguir.

2 A NORMA JURÍDICA

A norma é a centralidade do Direito: este não existe sem aquela. Pode-se dizer, pois, com BOBBIO, que “(...) a experiência jurídica é uma experiência normativa”²¹. Assim, *Direito é norma*, e é por isso que o objeto da Ciência do Direito, como já apontamos, é exatamente a norma. Voltaremos a debater essa questão no capítulo III, ao discutirmos as relações entre Direito e Economia. Importa agora, contudo, compreendermos, ainda que de forma breve, o que caracteriza uma norma jurídica.

Adotamos aqui a concepção de NORBERTO BOBBIO, para quem uma norma é uma proposição prescritiva. Ela é proposição porque é “(...) um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade”²². E é prescritiva porque impõe determinações, prescreve condutas aos destinatários nela apontados. Diferencia-se, pois, de

“(...) perfeitamente identificáveis como tais”: “(...) em uma a curva do ombro aparece mais acentuada; noutra as maçãs do rosto despontam; na terceira os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos” — *Ibid.*, p. 23. Por isso, na atividade hermenêutica, “(...) diferentes intérpretes — qual diferentes escultores ‘produzem’ distintas *Vênus de Milo* — ‘produzem’, a partir do mesmo texto normativo, distintas normas jurídicas” — *Ibid.*, p. 24. Reside, nessa produção da norma, levada a cabo pelo intérprete/aplicador, o “(...) caráter alométrico do Direito” — *Ibid.*, p. 20-21. Na mesma linha, JOSÉ ROBERTO VIEIRA encontra em JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES a noção de que a Ciência do Direito *explica* a norma jurídica, *i.e.*, retira-a das dobras (plicas) do texto na qual estava oculta. Mas alerta VIEIRA que não se deve entender “(...) essa idéia de retirar a norma jurídica das dobras do direito positivo como implicando afirmar que ela já ali estava pronta e acabada, apenas escondida em suas pregas”, pois segundo o autor, “*Debruçando -se sobre o direito posto, investigando todos os ângulos de sua linguagem (sintático, semântico e pragmático), conhecendo-o, descrevendo-o e explicando-o, em verdade, ao cientista do direito cabe, isso sim, construir a norma jurídica*” — A Semestralidade do PIS: Favos de Abelha ou Favos de Vespa?, *RDDT*, n. 83, p. 90.

²¹ **Teoria da Norma Jurídica**, p. 23. Acentua o autor, com propriedade, que “*Acreditamos ser livres, mas na realidade estamos envolvidos em uma rede muito espessa de regras de conduta*” — *Id.*

²² *Ibid.*, p. 73. O fato de que o conjunto de palavras forma uma proposição que possui um significado implica dizer que estão excluídos conjuntos de palavras sem qualquer significado — ainda que cada palavra, isoladamente, possa ser portadora de uma significação própria. Deve restar sublinhado, contudo, que BOBBIO reduz o significante de *proposição* a sua forma mais comum na lógica, *i.e.*, um *juízo*, mas não sem antes esclarecer que “(...) *nem toda proposição é um juízo*” — *Id.* Sobre o tema, cf. *Ibid.*, p. 72-74.

modo irreduzível, tanto das proposições descritivas quanto das proposições expressivas. As primeiras, descritivas, apenas informam, comunicam, ao passo que as segundas, expressivas, transmitem sentimentos e sensações²³.

Pois bem. Sendo as normas proposições prescritivas, elas impõem consequências a comportamentos selecionados²⁴. Isso é, a norma *imputa* consequências a certos fatos, e essa característica determina-lhe uma estrutura própria, binária, ou bimembre: ‘(...) *uma hipótese, suposto ou antecedente, a qual se conjuga um mandamento, uma consequência ou estatuição*’ [sic]²⁵. Essa estrutura marca todas as normas jurídicas do ordenamento. Sempre haverá um antecedente ligado a um conseqüente por meio de uma relação implicacional, que imputará, a um certo fato, uma consequência. Trataremos da estrutura normativa com maiores detalhes no capítulo II.

Não basta a nós, porém, apenas o estudo das normas jurídicas: elas não representam o todo jurídico, mas são ‘(...) *as menores unidades possíveis de comunicação do discurso do direito positivo*’²⁶. Todavia, para compreendermos o discurso em sua totalidade, é preciso que estudemos o sistema, o que será feito já a partir do item seguinte.

3 ORDENAMENTO E SISTEMA JURÍDICO

O ordenamento jurídico é um sistema.

Essa afirmação, aparentemente singela, esconde por trás de si enorme comple-

²³ BOBBIO as diferencia explicando, ‘*Sem a pretensão de dar definições rigorosas e exaustivas*’, que ‘(...) *a função descritiva, própria da linguagem científica, consiste em dar informações, em comunicar aos outros certas notícias, na transmissão do saber, em suma, em fazer conhecer; a função expressiva, própria da linguagem poética, consiste em evidenciar certos sentimentos e em tentar evocá-los, de modo a fazer participar os outros de uma certa situação sentimental; a função prescritiva, própria da linguagem normativa, consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no fazer fazer*’ — **Teoria da Norma...**, *op. cit.*, p. 78.

²⁴ Em sentido semelhante, JOANA LINS E SILVA diz que a regulação das condutas humanas se faz ‘*Atrélado a determinados fatos determinadas consequências*’ — **Fundamentos da Norma Tributária**, p. 64.

²⁵ *Ibid.*, p. 64-65.

²⁶ *Ibid.*, p. 64. Por isso, norma é ‘(...) *uma daquelas categorias jurídicas fundamentais*’ — JOSÉ ROBERTO VIEIRA, **A Regra-matriz...**, *op. cit.*, p. 55.

xidade, a ponto de exigir a produção de obras jurídicas inteiramente dedicadas ao tema. E os percalços iniciam-se, desde já, pela própria dificuldade de caracterização do que seja um ordenamento jurídico e de como e por que ele é sistemático.

A primeira e fundamental consideração a ser feita por nós, no trato da temática que se pretende expor neste Capítulo, ao menos em breves linhas, é sua enorme importância relativamente ao estudo de qualquer tópico da Ciência do Direito²⁷.

Neste passo, embora já tenhamos detectado, no item anterior, que o primeiro e mais direto elemento da análise jurídica é a norma, devemos sublinhar que ela não é autônoma e nem pode ser considerada isoladamente²⁸. É por isso que se pode dizer, em linguagem metafórica, que considerar apenas a norma implica estudar, isoladamente, a árvore, ignorando de todo a floresta que a cerca²⁹. E, exatamente ao contrário, em toda e qualquer análise que se faça, deve-se também olhar a floresta, que forma um conjunto ecológico mais complexo e bastante diferente da mera soma das árvores que a compõe.

Pois o mesmo se dá com o ordenamento jurídico. Não se trata, somos enfáticos em afirmar, de um mero somatório de seus componentes — as normas —, mas de outra coisa, bastante mais sofisticada — *o sistema jurídico*. E por não se tratar de mera soma de seus componentes — as normas — é que o ordenamento, enquanto tomado como sistema, merece estudo mais cuidadoso. Afinal, como sublinha BOBBIO, ‘(...) *somente se pode falar em direito onde há um complexo de normas formando um ordenamento e, portanto, o direito não é norma, mas conjunto coordenado de normas; concluindo, uma norma jurídica não se encontra nunca sozinha, mas é ligada a outras*

²⁷ Chamamos aqui a atenção para o fato de que o ordenamento jurídico e o sistema apenas serão estudados — como o foi a norma — enquanto forneçam a necessária e imprescindível base epistemológica de nosso trabalho. Um estudo mais completo demandaria dedicação exclusiva a um tema que, além de sua natural e já referida complexidade, merece mergulho aprofundado em seus mínimos detalhes, dada, como se disse, sua central relevância para a Ciência Jurídica. Para obras mais completas a respeito, cf. NORBERTO BOBBIO, **Teoria do Ordenamento...**, *op. cit.*, *passim*; TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, **Conceito de Sistema no Direito: Uma Investigação Histórica a partir da Obra Jusfilosófica de Emil Lask**, *passim*; e CLAUS-WILHELM CANARIS, **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, *passim*.

²⁸ NORBERTO BOBBIO, **Teoria do Ordenamento...**, *op. cit.*, p. 20.

²⁹ A metáfora é de BOBBIO, *Id.*

normas com as quais forma um sistema normativo”³⁰.

Portanto, o ordenamento é sim um conjunto de normas, mas é também muito mais do que apenas isso. Para TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, por exemplo, *‘A noção de ordenamento é complexa. Em princípio, um ordenamento é um conjunto de normas. (...) Mas não apenas’*³¹. É preciso, então, bem mais, para que se possa caracterizar o ordenamento, para que se possa compreendê-lo como *sistema*. É que este último, para se caracterizar, precisa de duas propriedades consideradas imprescindíveis: uma estrutura e um repertório.

Os elementos de um determinado ordenamento constituem seu *repertório*. E é o conjunto de relações desses elementos, constitutivos do repertório, que compõem a *estrutura*³². Por isso *‘Um ordenamento, (...) além de ser um conjunto de elementos normativos (normas) e não normativos, é também uma estrutura, isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos’*³³. Daí seguir-se, para FERRAZ JÚNIOR, que *‘O sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório. Nesse sentido, ordenamento é sistema’*³⁴.

E é aqui, já, que se encontra a luz do problema estudado. Tomados o repertório e a estrutura, identificam-se características outras de que seria dotado o sistema jurídico, importando, essas características, imprescindibilidades ou não para o sistema, a depender da teoria desenvolvida. Por essa razão, para aprofundarmos um pouco mais a noção de sistema jurídico, atingindo finalmente uma definição suficientemente satisfatória para o quadro epistêmico que buscamos desenhar, faz-se necessária uma incur-

³⁰ **Teoria da Norma...**, *op. cit.*, p. 37.

³¹ **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, p. 174.

³² Exemplifica, de maneira didática, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, como a estrutura e o repertório se combinam na formação do sistema, para dizer que apenas com o conjunto, somatória de elementos, esse [sistema] não poderia ser atingido: *‘Note -se bem a diferença: uma sala de aula é um conjunto de elementos, as cadeiras, a mesa do professor, o quadro-negro, o giz, o apagador, a porta, etc.; mas estes elementos, todos juntos, não formam uma sala de aula, pois pode tratar-se de um depósito da escola; é a disposição deles, uns em relação aos outros, que nos permite identificar a sala de aula; esta disposição depende de regras de relacionamento; o conjunto destas regras e das relações por elas estabelecidas é a estrutura. O conjunto de elementos é apenas o repertório’* — **Introdução...**, *op. cit.*, p. 175.

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

são, nas linhas a seguir, por tais mencionadas características componentes do sistema jurídico.

Com essas reflexões em mente como nosso ponto de partida, percebemos, logo de início, as características fundamentais do ordenamento jurídico para que ele se expresse em sistema³⁵: tratam-se das exigências de unidade, coerência e completude, que serão versadas no próximo item a partir de um ponto de vista da Teoria Pura do Direito de HANS KELSEN, desdobrada pois em dinâmica jurídica³⁶. Examinaremos, a seguir, as teorias de CLAUS-WILHEM CANARIS e TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, com as quais discutiremos, em crítica a HANS KELSEN, a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Enfim, como ainda agora mencionado, pretendemos chegar a um conceito do que seja o sistema jurídico, que utilizaremos como âncora epistêmica no desenvolvimento do restante do trabalho.

³⁵ Dotado, evidentemente, tenhamos sempre presente, de repertório e estrutura.

³⁶ Para a Teoria Pura do Direito de KELSEN, a visão do jurídico é dividida em duas espécies de sistema, o estático e o dinâmico. A estática jurídica, em primeiro lugar, respeita à relação que as normas guardam entre si enquanto proposições de um sistema dedutivo, ou seja, seu liame é de conteúdo material. As normas, portanto, estabelecem entre si uma relação de derivação a partir de uma norma hipotética fundamental. Segundo KELSEN, *“É essencial apenas que as várias normas de qualquer sistema sejam deduzíveis da norma fundamental, assim como o particular é deduzível do geral, e que, portanto, todas as normas particulares de tal sistema sejam obtíveis por meio de uma operação intelectual, a saber, pela inferência do particular a partir do geral”* — **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 117. De outro lado, a dinâmica jurídica implica uma relação de autoridade, segundo a qual a norma inferior está adstrita à determinação da norma superior, exatamente porque esta lhe é superior. Para KELSEN, *“As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior. Essa autorização é um delegação”* — *Ibid.*, p. 117-118. Finalmente, KELSEN assume que o sistema jurídico é, de fato, um sistema dinâmico, mas não se limita a tal — e portanto não rechaça a visão estática, que continua a ser importante. Pondera, pois, a insuficiência do conceito dinâmico que *“(...)fo r-nece resposta apenas à questão de se saber se e por que certa norma pertence a um sistema de normas jurídicas válidas, se e por que ela faz parte de certa ordem jurídica”* — *Ibid.*, p. 127. Não se chega, de fato, através da explicação por um sistema dinâmico, à essência do conceito de Direito, que só pode ser obtida se agregar-se a ela a definição estática, na qual reside a noção de sanção. Em KELSEN, portanto, a noção de ordenamento traduz-se em coação, a norma implicando sempre sanção, mas completa-se com uma estrutura dinâmica, dentro da qual as normas poderão ser tidas por válidas — as relações advindas da dinâmica e resultantes na análise da validade das normas pertencentes ao sistema será estudada com maiores cuidados no item seguinte. Para maiores detalhes sobre a diferença entre estática e a dinâmica jurídica, cf. HANS KELSEN, **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 116-118 e 126-127; e NORBERTO BOBBIO, **Teoria do Ordenamento...**, *op. cit.*, p. 71-74.

4 TEORIA PURA DO DIREITO: A DINÂMICA JURÍDICA

4.1 A UNIDADE DO ORDENAMENTO: VALIDADE E NORMA FUNDAMENTAL

A consideração de unidade do ordenamento jurídico é derivada da norma fundamental da qual se deduz todo o sistema. Tomando-se o sistema jurídico como dinâmico, ele implicará uma relação de derivação de autoridade de uma norma para outra. Uma norma, assim, delegará parcela de sua autoridade a outra, estabelecendo-se uma relação hierárquica, dedutível de e redutível a uma norma última, designada por Kelsen *norma jurídica fundamental*³⁷.

O tema liga-se, essencialmente, como bem explica Kelsen, à idéia de validade normativa. Uma norma só pode ser juridicamente válida se corresponder a outra norma que lhe forneça o fundamento. Na busca da validade de uma norma dentro do sistema, encontraremos outra norma, que, delegando-lhe poder, confere-lhe validade³⁸.

O escalonamento normativo assim obtido — umas normas retirando validade de outras, estas mais abstratas, gerais e em menor número do que aquelas — implica que o sistema tenha uma estrutura piramidal, derivando as normas que lhe são integrantes de uma primeira disposição fundamental, encontrada em seu topo e espraiando seu poder autoritário por todo o restante do ordenamento que se encontra abaixo³⁹. As-

³⁷ Cf. HANS Kelsen, **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 115-163. Sobre o tema, ver também HANS Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 267-376.

³⁸ Diz Kelsen que *‘O fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. A procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas a outra norma da qual a primeira é derivável’* — **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 116.

³⁹ Explica Kelsen: *‘Chamamos de norma ‘fundamental’ a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. (...) Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. (...) o fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental. A procura do fundamento de uma norma não é — como a procura da causa de um efeito — um regressus ad infinitum; ela é limitada por uma norma mais alta que é o fundamento último de validade de uma norma dentro de um sistema normativo, ao passo que uma causa última ou primeira não tem lugar dentro de um sistema de realidade natural’* — **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 116. E mais adiante: *‘A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador de Direito. Ela não é — como é a norma jurídica positiva — válida por ser criada de certa maneira por uma ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta como válida; e ela é pressuposta como válida porque sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como um ato criador de Direito’* — *Ibid.*, p. 121. A nor-

sim, é possível um movimento dúplice e contínuo, através do sistema, de derivação/abstração. Pode-se percorrê-lo de baixo para cima ou vice-versa.

Por essa razão as normas têm dupla face: são, ao mesmo tempo, produtoras e executoras. Quando estiverem em posição hierárquica privilegiada, superior, detêm autoridade e portanto, produzem as normas que lhes são submetidas. Se, contrariamente, estiverem em posição inferior, recebendo o influxo de autoridade de uma norma superior, são executoras, porque nessa hipótese estarão executando aquilo que lhes foi expressamente determinado por uma autoridade que a submete. Isto é, as normas têm, simultaneamente, ambas as funções — produtora e executora — e estarão exercendo uma ou outra delas, dependendo da perspectiva em que se esteja visualizando o sistema, se de baixo para cima — processo de execução — ou, inversamente, de cima para baixo — processo de produção.

Aqui entram também em cena os conceitos correlatos e indissociáveis de poder e dever: o primeiro deles, poder — nas palavras de BOBBIO, “(...) *capacidade que o ordenamento jurídico atribui a esta ou aquela pessoa de colocar em prática obrigações em relação a outras pessoas*”⁴⁰ —, advém da norma produtora, que submete a norma executiva ao segundo conceito, ou seja, ao dever — definido por BOBBIO como “(...) *atitude a que é submetido aquele que está sujeito ao poder*”⁴¹. A relação implicacional é, portanto, de mão dupla: a existência de um dever implica que haja um poder que o imponha; e o poder importa, diretamente, a criação de deveres que lhes estarão submetidos.

Mas é preciso observar ainda que as relações de derivação nas quais se funda a estrutura piramidal do sistema implicam também limites. A atribuição de poder não é ilimitada, exerce-se dentro de uma certa circunscrição de poder que restringe e regula as produções normativas inferiores, quer pela via formal, quer pela via material. Não

ma fundamental, portanto, exerce para o sistema a função de um postulado, é um pressuposto do ordenamento além do qual não se pode ir. Como diz BOBBIO, “*Todo sistema tem um início. Perguntar o que estaria atrás desse início é problema estéril. A única resposta que se pode dar a quem quiser saber qual seria o fundamento do fundamento é que para sabê-lo seria preciso sair do sistema*” — **Teoria do Ordenamento...**, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 51-52.

⁴¹ *Ibid.*, p. 52.

cabem aqui maiores digressões sobre o tema, bastando observar que os limites formais se referem ao modo de produção das normas inferiores, e os limites materiais respeitam aos conteúdos possíveis dessas mesmas normas. A temática é bastante comum no Direito Constitucional pois, *‘Na passagem de norma constitucional a norma ordinária, são freqüentes e evidentes tanto os limites materiais quanto os formais’*⁴².

Em síntese, a perspectiva kelseniana coloca a norma fundamental como organizadora de todo o ordenamento, que, dela derivado, passa a ser uno, revelando-se em disposições hierárquicas de validade das quais o fundamento último é, exatamente, a norma fundamental de que falamos. NORBERTO BOBBIO expressa tais idéias com absoluta clareza ao dissertar sobre a norma fundamental:

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma *estrutura hierárquica*. As normas de um ordenamento estão dispostas em *ordem hierárquica*⁴³.

A dinâmica jurídica que informa a Teoria Pura do Direito, assim, busca a norma fundamental e nela deposita o fundamento do sistema, derivando dessa operação a unidade. Pode-se dizer que, para Kelsen, a norma fundamental é um pressuposto transcendental no qual se concentra a unidade do sistema jurídico.

4.2 COERÊNCIA E COMPLETEUDE

As considerações ainda agora expendidas a respeito da unidade do sistema jurídico levam-nos a questionar se tal unidade exigiria coerência, isto é, se afirmar a unidade do sistema jurídico implicaria afirmar sua não-contradição interna, ou *‘unidade sistemática’*, para utilizarmos a expressão de BOBBIO⁴⁴. A resposta, em princípio, é

⁴² NORBERTO BOBBIO, *Teoria do Ordenamento...*, *op. cit.*, p. 54.

⁴³ *Ibid.*, p. 49.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 71.

negativa.

Unidade do sistema, especialmente se considerado o sistema dinâmico de KELSEN, implica unidade em torno de uma norma fundamental, como visto. Não se quer dizer com isso que a derivação das várias normas que compõem o ordenamento resulte em normas compatíveis. As várias e possíveis normas derivadas daquela disposição fundamental — que é geral e abstrata — podem perfeitamente dispor em sentidos contrários, cada um dos quais, à sua própria maneira, cumprindo a norma fundamental pressuposta no ordenamento.

Para caracterizar a imposição ou não de coerência como requisito de existência do sistema jurídico, BOBBIO analisa três diferentes definições de sistema. Na primeira delas, um ordenamento é sistema se todas as normas jurídicas que lhe são integrantes derivarem de uma série consolidada de princípios, obtidos eles à moda da doutrina do Direito Natural — são, portanto, postulados do sistema⁴⁵. A segunda acepção de sistema diz que o Direito seria obtido por dedução, ordenando-se toda a matéria segundo uma operação classificatória muito específica, próxima às técnicas dos zoólogos — poder-se-ia quase falar em uma “zoologia jurídica”⁴⁶. Finalmente, a terceira acepção é aquela que considera ser o ordenamento jurídico sistema apenas se nele inexistirem incompatibilidades, excluídas estas pelo próprio sistema⁴⁷. A última acepção, sem sombra de dúvida, é aquela tomada por KELSEN na estruturação de seu sistema dinâmico, como bem revela o autor: *‘Não pode naturalmente negar-se a possibilidade de os órgãos jurídicos efectivamente estabelecerem normas que entrem em conflito umas com as outras’* [sic]⁴⁸.

O reconhecimento da incoerência interna, que pode existir no ordenamento, não implica que tais conflitos normativos devam permanecer: eles devem ser elimina-

⁴⁵ **Teoria do Ordenamento...**, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 78.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁸ HANS KELSEN, **Teoria Pura...**, *op. cit.*, p. 285. Também BOBBIO expressa *‘(...) que dizer que as normas devam ser compatíveis não quer dizer que se encaixem umas nas outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito. Nesse terceiro sentido de sistema, o sistema jurídico não é um sistema dedutivo, como no primeiro sentido: é um sistema num sentido menos incisivo, se se quiser, num sentido negativo, isto é, uma ordem que exclui a incompatibilidade de suas partes simples’* — **Teoria do Ordenamento...**, *op. cit.*, p. 80.

dos pela Ciência do Direito — pelo hermeneuta, em última análise — para que se obtenha um sistema lógico e coerente⁴⁹. Isso quer dizer que se deve partir para uma teoria hermenêutica da solução de conflitos normativos, eliminando-os do sistema. A conclusão final a que se chega é a de que o sistema não é, por si mesmo, coerente, mas *tende* à coerência através da eliminação de conflitos normativos⁵⁰.

Por fim, como última característica do sistema jurídico, surge a completude. Ela afirma-se pela idéia de que o ordenamento jurídico pode abranger todas as situações da vida, nada restando que já não esteja normalizado. A tradução dessa idéia na prática jurídica diária é expressa pelo problema das lacunas, temática muito ligada à coerência⁵¹. De fato, a lacuna indica, como se viu, a inexistência de norma jurídica que possa reger determinada situação, que até aquele momento era inédita para o ordenamento. E resolvê-la implica técnicas hermenêuticas bastante específicas.

O problema, contudo, é considerado falso por Kelsen. Para ele, *“A teoria das lacunas no Direito, na verdade, é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial”*⁵². Portanto, em sua teoria, o ordenamento jurídico é com-

⁴⁹ Nesse sentido, Kelsen: *“Como, porém, o conhecimento do Direito — como todo o conhecimento — procura apreender o seu objecto como um todo de sentido e descrevê-lo em proposições isentas de contradição, ele parte do pressuposto de que os conflitos de normas no material normativo que lhe é dado — ou melhor, proposto — podem e devem necessariamente ser resolvidos pela via da interpretação”* — **Teoria Pura...**, op. cit., p. 286.

⁵⁰ Por isso, NORBERTO BOBBIO afirmar que *“(...) não é exato falar, como se faz freqüentemente, de coerência do ordenamento jurídico, no seu conjunto; pode-se falar de exigência de coerência somente entre suas partes simples”* — **Teoria do Ordenamento...**, op. cit., p. 80. Ainda para BOBBIO, *“A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade)”* — *Ibid.*, p. 113. Ressaltamos, aqui, que o tema da solução de antinomias, no ordenamento jurídico, é de extrema relevância. Não nos cabe, todavia, discuti-lo com maiores detalhamentos, pois estaríamos saindo das lindes que orientam o presente trabalho. Para um estudo mais aprofundado, cf. JUAREZ FREITAS, **A Interpretação...**, op. cit., especialmente p. 84-145.

⁵¹ O tema liga-se de perto ao da coerência porque, nesse último, quando não estiverem presentes critérios suficientes ou quando houver conflito deles para a solução das antinomias, ter-se-á uma lacuna. Cf. NORBERTO BOBBIO, **Teoria do Ordenamento...**, op. cit., p. 97-110.

⁵² **Teoria Geral...**, op. cit., p. 151.

pleto, uma vez que há possibilidade do juiz completar as normas eventualmente faltantes nos casos concretos, como se legislador fosse.

4.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA PURA DO DIREITO

A Teoria Pura do Direito, em sua inteireza, é um dos mais brilhantes e complexos sistemas teóricos já produzidos pela Ciência do Direito no século XX. De fato, sob o ponto de vista jurídico, o século poderia ser dividido em duas metades: antes e depois de Kelsen⁵³. Sua construção teórica continua a ser uma das mais importantes, mesmo no atual estágio de desenvolvimento da Ciência do Direito e a despeito das críticas que a Teoria Pura do Direito tem sofrido. Sua importância não pode ser negada, pois se trata de uma sistematização com pretensões de cientificidade como nunca se viu antes no direito, expondo pontos muito relevantes que ficaram abertos ao debate dos juristas posteriores. Não é possível, independentemente da corrente jurídica seguida, ignorar o legado de Kelsen.

A Teoria Pura do Direito considera, em absoluta sumarização, que (i) a norma jurídica se constitui preponderantemente em sanção, e (ii) o ordenamento jurídico é sistema unitário, completo e tendente à coerência⁵⁴.

Tal posicionamento, à toda evidência, não está isento de críticas. Ao contrário, uma visão contemporânea do sistema jurídico tem contribuído com críticas ao teorizar kelseniano, arejando a Teoria Pura e tornando a operabilidade do sistema mais adequada às necessidades atuais.

Passaremos, pois, no próximo item, a analisar, especialmente a partir da obra de CANARIS, os conceitos de abertura e mobilidade do sistema, e que nos permitirão,

⁵³ MARÇAL JUSTEN FILHO observa com percuciência: “Assim, toda a Filosofia do Direito do Século XX divide-se em duas fases: antes e depois de Kelsen. Mesmo hoje, passado meio século da primeira edição da *Teoria Pura*, não há cabimento em pretender arquivá-la como figura de museu” — **Sujeição Passiva Tributária**, p. 3.

⁵⁴ É claro que a sumarização aqui efetuada não pode representar uma teoria tão complexa e refinada quanto a Teoria Pura do Direito. Apenas fizemos recordar os pontos mais relevantes da nossa breve exposição até aqui — sem esquecer que mesmo esta exposição está muito aquém da obra kelseniana, que deve ser consultada diretamente por quem pretenda uma visão mais completa.

ao final, uma visão mais completa e sobretudo cientificamente mais adequada do sistema jurídico.

5 ABERTURA E MOBILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

Para CLAUS-WILHELM CANARIS o sistema jurídico implica as exigências de ordenação e unidade que, muito embora sejam categorias apartadas, estão em ‘(...) *estreita relação de intercâmbio*’ e são metodologicamente pressupostas como evidentes⁵⁵. A despeito disso, devem ser estudadas com cuidado, pois simplesmente pressupô-las conduziria, antes de tudo, a uma petição de princípio, o que se coloca em direto confronto com a cientificidade que deve marcar o Direito⁵⁶. Daí explicar CANARIS que tanto a ordem interior quanto a unidade são bem mais do que pressupostos metodológicos, mas atendem a funções éticas dentro de um sistema jurídico.

A exigência de ordem decorre diretamente do valor justiça, que informa o sistema, espelhado tal valor, para CANARIS, no princípio da isonomia — consistente, pela fórmula aristotélica, em tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Por isso adstringe-se o legislador a ‘(...) *proceder com adequação*’⁵⁷.

De outro lado, também a exigência de unidade decorre do princípio da igualdade, realizando a tendência de justiça que impera no sistema e conduzindo a que o sistema ‘(...) *não se disperse numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes se deixando reconduzir a critérios gerais relativamente pouco numerosos*’⁵⁸.

Para CANARIS, o Direito realiza-se através de uma orientação valorativa, axiológica, e não propriamente por via de instrumentos lógico-formais. Não é que ele rechace de todo a lógica formal, mas, em sua concepção, a lógica é instrumental ao

⁵⁵ **Pensamento...**, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁶ Se não o fizéssemos, correríamos sério risco de cairmos na armadilha do sistema dos fundamentos óbvios denunciado por ALFREDO AUGUSTO BECKER — **Teoria Geral do Direito Tributário**, p. 10-13.

⁵⁷ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Ibid.*, p. 18.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 21. Observa, ademais, que ‘(...) *a unidade interna de sentido do Direito, que opera para o erguer em sistema, não corresponde a uma derivação da idéia de justiça de tipo lógico, mas antes de tipo valorativo ou axiológico*’ — *Ibid.*, p. 30.

Direito e não implica, necessariamente, a obtenção de uma unidade de sentido do ordenamento. Tal unidade de sentido, ao contrário, é, como se disse, axiológica, de modo que se pode falar que a unitariedade do sistema jurídico é teleológica, ou seja, tende a um específico valor⁵⁹ — que CANARIS identifica como sendo a justiça, expressa em igualdade, inundando todo o sistema e nele, pois, construindo uma unidade de sentido. Assim, *“(...) o elemento decisivo de todos estes processos não é, sem exceção, de natureza lógica mas antes de natureza teleológica ou axiológica, enquanto que a sua justificação metodológica não se deixa alcançar com os meios da lógica, mas sim apenas através da sua recondução ao valor da justiça e ao princípio da igualdade, nela compreendido (positiva ou negativamente)”*⁶⁰.

Finalmente, em CANARIS, o sistema, por realizar uma orientação teleológico-axiológica, voltada ao valor da justiça, está salpicado de princípios, que contêm os valores adequados à realização do sistema. São os princípios os veículos valorativos do sistema — e, neste passo, diferenciam-se de todo das regras, veiculadoras de determinações mais concretas⁶¹.

Abrimos aqui breve parêntesis para observar que se deve tomar cuidado, neste passo, com a terminologia utilizada por CANARIS. Ele não segue diretamente a orientação terminológica de RONALD DWORKIN, que divide as normas em regras e princípios. Ao contrário, CANARIS fala em normas — ou conceitos — e princípios, e os distingue entre si para dizer que os princípios são mais gerais e contêm valorações, ao passo que os conceitos, que ele também chama de normas, são mais concretos e específicos, e só mediatamente contêm valorações. Daí dizer o autor que não se deve confundir normas e princípios⁶².

⁵⁹ Por isto, *“(...) os pensamentos jurídicos verdadeiramente decisivos ocorrem fora do âmbito da lógica formal”* — CLAUS-WILHELM CANARIS, **Pensamento...**, *op. cit.*, p. 32. É que *“(...) a lógica só assume o significado de um ‘quadro’, enquanto o ‘entender’ ou a ‘valoração’ não se podem, no essencial, alcançar através dela”* — *Ibid.*, p. 33.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 35.

⁶¹ *“No conceito (bem elaborado) a valoração está implícita; o princípio, pelo contrário explícita-a e por isso ele é mais adequado para extrapolar a unidade valorativa do Direito”* — *Ibid.*, p. 83.

⁶² De todas as definições do que seja um princípio adotadas pela doutrina — dentre as quais a de que *“(...) os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico”*, apontando *“os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente pe rsegui-*

Ora, a distinção é a mesma em DWORKIN, apenas a terminologia muda. Para DWORKIN, as normas dividem-se em regras e princípios, sendo os princípios bastante mais gerais e abstratos que as regras, e contendo valorações. As regras, por sua vez, são mais concretas e específicas, e só contêm valorações em um âmbito mediato⁶³.

É evidente que materialmente a conceituação é a mesma, mas a nomenclatura muda. CANARIS não utiliza o vocábulo *norma* como gênero, mas sim como espécie, ao passo que os *princípios* também são espécie. Em DWORKIN, *norma* é gênero composto de duas espécies: os *princípios* — situados no mesmo patamar em que os coloca CANARIS — e as *regras* — que significam aquilo que CANARIS denomina *conceitos* ou *normas*. Comprova-o a passagem em que CANARIS diz que o princípio ‘(...) já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão

*dos pelos órgãos do governo (poderes constituídos)” — GERALDO ATALIBA, República e Constituição, p. 34 —, ou ainda que princípios são ‘(...) linhas diretivas que iluminam a com apreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”, dessa forma exercendo ‘(...) uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença” — PAULO DE BARROS CARVALHO, Curso de Direito Tributário, p. 147 —, preferimos aquela formulada por JUAREZ FREITAS, por melhor exprimir, acreditamos, a característica de superioridade no ordenamento, vinculada ao valor que lhe é inerente — ponto de vista axiológico —, fundamental na resolução de eventuais conflitos, quer sejam normativos, quer sejam, mesmo, principiológicos: “Por **princípios fundamentais** entendem-se os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores — do ponto de vista axiológico — às regras, sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias” [sic] — A Interpretação..., op. cit., p. 272.*

⁶³ A distinção entre regras e princípios importa no reconhecimento de algumas características, identificadas por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO — **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1086-1087:

a) *Grau de abstração*: os princípios têm um grau de abstração relativamente mais elevado que as normas — ou regras —, as quais têm abstração reduzida — ou maior concreção.

b) *Grau de determinabilidade*: característica intimamente ligada à anterior, pois os princípios possuem baixo grau de determinabilidade, i.e., são vagos e indeterminados, carecendo de mediações concretizadoras — do legislador ou do juiz —, ao passo que as regras podem ser diretamente aplicadas.

c) *Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito*: significa que os princípios são fundamentais, devido à sua hierarquia, no trato das fontes jurídicas, muitas vezes estruturando o ordenamento — princípios estruturantes.

d) *Proximidade com a idéia de direito*: os princípios radicam-se nas exigências de justiça e são juridicamente vinculantes, ao passo que as regras podem ser apenas vinculativas com caráter funcional.

e) *Natureza normogenética*: os princípios são os fundamentos das regras, estão na base de sua *ratio* jurídica e, por isso, conformam todo o sistema, haja vista sua forte carga axiológica que se espalha por todas as normas.

e *consequência jurídica*”⁶⁴ — a bipartição da norma aqui referida será estudada com maiores detalhes no capítulo seguinte deste trabalho.

Mas há um outro dado importante a considerar em CANARIS e que não pode passar em branco: ele coloca os valores como também integrantes do sistema jurídico, e diferencia-os dos princípios, dizendo que *“(...) a passagem do valor para o princípio é extraordinariamente fluida; poder-se-ia dizer, quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior que o do valor”*⁶⁵. E explica que essa maior concretização se caracteriza exatamente porque o princípio contém um descritor e um prescritor — CANARIS fala em *previsão e consequência*: ou seja, é norma, ao passo que o valor não o é.

Concordamos com a visão de CANARIS aqui exposta, a não ser no particular aspecto de que não vemos os valores como diretamente integrantes do sistema jurídico, senão por via de sua positivação em normas, isto é, nos princípios⁶⁶. Com essa nota de discordância, fechamos o parêntesis aberto.

Devemos referir, ainda, que, para CANARIS, os princípios têm quatro características importantes. Em primeiro lugar, eles não são absolutos e podem entrar em oposição ou contradição entre si, o que implica dizer que um princípio pode comportar exceções ou mesmo ter sua eficácia cortada por outro princípio em alguns casos. Em segundo lugar, eles não são exclusivos, ou seja, a incidência de um princípio em um determinado caso não exclui a incidência de outros princípios que também venham a ser aplicáveis. Em terceiro lugar, eles apenas têm sentido em uma combinação com outros princípios, o que equivale a dizer que um princípio não existe isolado, mas complementa-se e adquire sentido em confronto e amálgama com outros princípios,

⁶⁴ **Pensamento...**, *op. cit.*, p. 86.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Importa fazer referência, ainda, ao lado da dicotomia princípios/regras, à tricotomia princípios/regras/postulados defendida por HUMBERTO ÁVILA. O autor considera os postulados situados em plano normativo diverso daquele reservado às regras e aos princípios. Se aos princípios cabe a tarefa de fixar finalidades — são normas de caráter imediatamente finalístico —, aos postulados reserva-se a tarefa de estruturar *“(...) a aplicação do dever de promover um fim”*, sem que com isso prescrevam comportamentos, antes impondo às regras prescritoras dos comportamentos necessários ao atingimento dos fins *“(...) modos de raciocínio e argumentação”* — **Teoria dos Princípios**: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos, p. 89. Sobre o tema, cf., especialmente, p. 87-90.

sejam-lhe contrários ou favoráveis. Em quarto e último lugar, são abstratos, de modo que para sua realização precisam de subprincípios e regras que os concretizem.

Dessas características principiológicas, assim descritas, chega-se a um dos critérios da sistemática de CANARIS: a *mobilidade*. De fato, por serem os princípios relativos, colocando-se em oposição, mas não se anulando por completo, por somarem-se em amálgama para chegar a um entendimento sistemático, por não excluïrem a incidência de outros princípios, eles permitem que o sistema possa ser arejado e não permaneça rígido, fixo em uma determinada posição. Cada arranjo principiológico possível, obtido pelo trabalho árduo do hermeneuta, significará uma posição dentro do sistema, que será diferente para cada caso concreto que exija diferentes combinações principiológicas. Essa a mobilidade do sistema: não há uma rigidez hierárquica fixa e inamovível: o caso concreto é que trará as peculiaridades que, interpretadas, fixarão o sistema em uma ou outra posição.

Não se quer dizer com isso, é evidente, que o sistema seja uma gelatina amorfa moldada ao prazer do intérprete. Pelo contrário, a hierarquia sistemática, como demonstrou KELSEN, com propriedade, existe, e não pode ser ignorada — embora não seja de todo irrenunciável⁶⁷. O que acontece no fenômeno da mobilidade é que determinadas partes do sistema permitem um maior arejamento valorativo, de maneira que um ou outro princípio pode ser aplicado, ou mesmo uma combinação de diversos princípios⁶⁸. A tarefa hermenêutica, aqui, não se restringe à mera subsunção, mas vai muito além: deve-se valorar e explanar as razões pelas quais o faz. E a tarefa interpretativa assim realizada orienta-se teleologicamente, seguindo a valoração já existente no sistema e obtendo, naquele momento, a unidade⁶⁹. Por isso CANARIS diz que “(...) *o sistema móvel deve, pois, tornar perceptível a **unidade na pluralidade***”⁷⁰.

⁶⁷ De fato, CANARIS afirma que “Apesar da ideia de uma certa **hierarquia** estar ligada ao conceito tradicional de sistema, esta categoria não surge irrenunciável, desde que a sua falta não torne possível a existência de ordem interior” [sic] — **Pensamento...**, op. cit., p. 132-133.

⁶⁸ CANARIS admite que nem todo o sistema é móvel, mas apenas partes dele. Assim, refere que o sistema de Direito vigente na Alemanha é, em sua maior parte, rígido, o que não exclui as cláusulas gerais que conferem mobilidade a certas partes do sistema — *Ibid.*, p. 134-138.

⁶⁹ E porque teleologicamente orientado pelos princípios que lhe são formadores, o sistema móvel não abre espaço para a arbitrariedade.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 131.

Em suma, o sistema móvel existe quando existir ponderação de princípios que permita a obtenção de duas ou mais soluções diversas, mas, sempre, advindas do interior do sistema e dos valores que lhe são inerentes⁷¹.

Cabe considerar, ainda, uma última característica do sistema, em franca oposição à completude professada por HANS KELSEN: trata-se da abertura do sistema. De fato, é bastante evidente que um sistema jurídico não se pode dar à pretensão de regular à exaustão a conduta humana. Esta é bastante mais rica e variada do as proposições normativas do que procuram regulá-la — daí a existência de lacunas no ordenamento jurídico e de métodos hermenêuticos que visam à sua colmatação⁷².

De outro lado, a posituação do Direito está em constante evolução. A cada momento são propostas novas normas, novos princípios são descobertos no interior do sistema. Em suma, a mutabilidade e adaptação constante é um caráter inerente ao jurídico. O Direito é, sempre, um devir. Por isso, *‘(...) a formulação do sistema jurídico (...) nunca pode chegar ao fim, antes sendo por essência um processo infindável’*⁷³. Também os princípios, enquanto expressam valores que mudam no tempo com a evolução social, são cláusulas de abertura que permitem a modificação do sistema, possibilitando seu arejamento.

A abertura do sistema é, portanto, característica irrenunciável, resultante seja de sua modificabilidade histórica, seja de sua insuficiência na exaustividade regulatória.

⁷¹ Como já esclarecemos antes, os valores inerentes ao sistema nele penetram por via principiológica. Reforçamos a discordância com CANARIS quando ele imputa ao sistema valores e princípios, trazendo para o sistema valores outros que são externos e estranhos aos princípios já residentes no interior do ordenamento.

⁷² Sobre o tema, ver JUAREZ FREITAS, *A Interpretação...*, *op. cit.*, p. 120-124. Cf. também NORBERTO BOBBIO, *Teoria do Ordenamento...*, *op. cit.*, p. 115-160.

⁷³ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento...*, *op. cit.*, p. 111. Explica o autor, com mais detalhes, que *‘(...) a abertura do sistema **objectivo** resulta da essência do objecto da jurisprudência, designadamente da essência do Direito positivo como um fenómeno colocado no processo da História e, como tal, mutável. Esta forma de abertura não se encontra necessariamente em todas as outras Ciências, pois o seu objecto pode ser imutável; pode até haver aqui uma especificidade da Ciência do Direito; não se justifica então, de modo algum, colocar em dúvida a capacidade da ideia de sistema para a Ciência do Direito: pois as especialidades do nosso objecto devem corresponder a especialidades do nosso conceito de sistema (em sentido objectivo) em mudança permanente é tão imaginável como uma unidade de sentido duradouramente modificável’* [sic] — *Ibid.*, p. 110-111.

No pensamento de CANARIS, assim, o sistema tem como inerente a unidade axiológica — ele é teleologicamente orientado à unidade —, e é aberto e móvel. Bastante diverso, pois, do sistema mais rígido exposto por KELSEN⁷⁴.

6 VALIDAÇÃO CONDICIONAL E VALIDAÇÃO FINALÍSTICA

Historicamente, a partir de sua positivação enquanto fenômeno normativo, o Direito passa a ser posto pelo Estado e, portanto, válido ou não válido⁷⁵. O âmbito do jurídico é o âmbito do válido, e portanto o sistema é dinâmico⁷⁶. O Direito passa a ser uma questão de força, e assim *(...) não se pergunta, primariamente, o que, quem, quando, em que circunstâncias, por que existe um direito que, no sistema, vale. (...) Isto é, com a positivação criou-se a possibilidade de uma manipulação de estruturas contraditórias, sem que a contradição afetasse a função normativa*⁷⁷. Tudo é possível de ser normado, desde que seja válido⁷⁸. A questão da validade, assim, põe-se como central para o sistema.

Em KELSEN, como visto, o tema da validade normativa reconduz-se a uma questão sintática de adequação de normas a outras normas que lhe são superiores porque postas por uma autoridade competente. A relação é, assim, de subordinação, e o sistema pode ser percorrido de baixo para cima e de cima para baixo, estruturando-se uma hierarquia jurídica. Tal hierarquia existe, ainda, em CANARIS, mas para esse autor alguns setores do sistema podem ser rearrumados por via axiológica — tratam-se de princípios, portanto —, de modo que há uma certa mobilidade interna — inexisten-

⁷⁴ A distinção, contudo, pode ser bastante relativizada, na medida em que mesmo o sistema kelseniano pode ser compreendido como fechado sintaticamente, mas aberto semântica e pragmaticamente.

⁷⁵ Para uma perspectiva histórica da positivação do Direito, cf. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, **Introdução...**, *op. cit.*, p. 73-82.

⁷⁶ Recordemos que o sistema dinâmico, em KELSEN, diz respeito à validade normativa, como expusemos linhas atrás.

⁷⁷ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Ibid.*, p. 178-179.

⁷⁸ Para FERRAZ JÚNIOR *‘A positivação (...) assegura uma enorme disponibilidade de conteúdos ao direito: tudo é possível de ser normado, bem como enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito não depende mais do status, do saber, do sentir de cada um, embora, ao mesmo tempo continue sendo aceito por todos e cada um’* — *Ibid.*, p. 179.

te e inaceitável em KELSEN. É fundamental observar que a relação internormativa na estrutura kelseniana é uma relação sintática: diz respeito ao conteúdo das normas.

Essa visão do fenômeno, porém, é insuficiente. A relação de validade normativa não se pode restringir ao sintático, porque, se o fizer, o Direito restringir-se-á a uma validação condicional que ignora a relação meio/fim. Para compreendermos essa afirmação, é preciso estudar a relação normativa também sob o ponto de vista pragmático.

A norma, por ser linguagem, expressa uma relação comunicativa, estabelecida entre os emissores — as autoridades — e os receptores — os sujeitos da norma⁷⁹. Isso quer dizer que a norma emite um comando de uma autoridade a um receptor, ao qual se abrem duas possibilidades: a confirmação ou a negação da previsão normativa. A terceira hipótese possível, a *desconfirmação* da norma, não é suportada pelo Direito, pois implicaria normas não válidas. Se a norma é válida, ela deve estar *imunizada* contra a desconfirmação eventualmente praticada pelos seus destinatários, devendo tomá-la como negação. E essa imunização decorre exatamente da relação de autoridade que repousa na norma e funda-se em outra norma de grau superior, não sendo, pois, uma relação formal ou sintática, mas uma relação *pragmática*⁸⁰. Se a desconfirmação pudesse ser admitida, ela descaracterizaria a autoridade, que passaria a ser conceito sem qualquer sentido — e não seria possível falar em validade.

A validade, e esse conceito é fundamental, imuniza a norma contra eventuais desconfirmações. A imunização, entretanto, pode ser efetuada de duas formas, a depender da expressão dos conteúdos normativos, e por isto é possível falarmos em imunização *condicional* e imunização *finalística* — o que implica também falarmos em dois tipos de validade que lhes são, respectivamente, correspondentes: a *condicional* e a *finalística*.

⁷⁹ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 182.

⁸⁰ Explica FERRAZ JÚNIOR que ‘Para ser válida (...) é preciso que a autoridade esteja de antemão **imunizada**, isto é, é preciso que a autoridade esteja **immune** contra a possível desconfirmação do sujeito. Esta **imunização** se funda em outra instância, o que decorre da própria noção de autoridade. (...) A imunização de uma norma jurídica repousa em outra norma. Portanto, uma norma é válida se imunizada por outra norma. **Validade** expressa, pois, uma **relação de imunização**’ — *Id.*

Consideremos uma norma que contém previsão formal e material sobre como deve ser emitida a norma que lhe é inferior, subordinada. Podem ocorrer quatro hipóteses: (i) a norma inferior desrespeita a materialidade prevista para sua emissão, porém respeita a formalidade; (ii) a norma inferior desrespeita a formalidade prevista para sua emissão, mas respeita a materialidade; (iii) a norma inferior não respeita nem a materialidade e nem a formalidade previstas para sua emissão; e, finalmente, (iv) a norma inferior respeita tanto a materialidade quanto a formalidade previstas para sua emissão. Nas três primeiras hipóteses — desrespeito à materialidade, à formalidade e a ambas —, a norma inferior emitida não estará imunizada contra desconfirmações pela norma superior, porque lhe desrespeita as condições impostas. Será, pois, norma inválida. Somente na quarta e última hipótese — respeito às condições materiais e formais de emissão — é que a norma inferior estará imunizada pela superior — dita imunizante —, e será, então, válida. Esse tipo de imunização chama-se *condicional*, porque estabelece as condições formais e materiais que as normas devem respeitar para que sejam imunizadas. Nesse primeiro tipo de imunização, ocorre a desvinculação da relação meio/fim: bastará que o meio seja adequado, isto é, que se promulgue uma norma formal e materialmente adequada, para que a imunização ocorra⁸¹.

Hipótese diversa é aquela em que tenhamos uma norma cujo conteúdo traga previstas certas finalidades a serem atingidas. Nesse caso, somente pode ser imunizada, e portanto válida, a norma que seja emitida em conformidade com a finalidade prevista na norma superior. Caso contrário, a norma será inválida e portanto não imunizável, podendo ser retirada do sistema pelos meios adequados. A relação meio/fim, pois, aparece como fator determinante da imunização, que será designada *finalística*⁸². Tem-

⁸¹ Para TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *‘Basta que ela se atenha aos meios para que a norma seja válida. Ou seja, a imunização pela condição desvincula meios e fins’* — **Introdução...**, op. cit., p. 183. E mais adiante: *‘Na validade condicional a norma imunizante, por seu relato ou conteúdo, neutraliza diretamente o cometimento (relação de autoridade) da norma imunizada, de tal modo que o relato ou conteúdo desta independe de fins a serem atingidos’* — *Ibid.*, p. 184. No mesmo sentido, MARCO AURÉLIO GRECO, que entende que *‘(...) o modo de regulação condicional da atividade humana é uma regulação de meios: desde que realizados aqueles meios, desde que ocorridos aqueles fatos, deflagram-se as conseqüências ‘x’, ‘y’ e ‘z’*” — **Contribuições (Uma Figura Sui Generis)**, p. 118-119.

⁸² Para FERRAZ JÚNIOR, nesta hipótese *‘(...) a norma imunizante, por seu relato ou conteúdo, imuniza a relação de autoridade ou cometimento da norma imunizada por meio da prescrição*

se, por conseqüência, uma hipótese que, nas palavras de MARCO AURÉLIO GRECO, *‘(...) é um modelo **finalístico** de disciplina da conduta humana e de validação das normas infra-ordenadas, no qual encontramos a qualificação de objetivos (‘proteção’, ‘defesa’), é um modelo fundamentalmente **para que** se atinja algo, implicando visão muito mais **modificadora** da realidade’*⁸³.

Essa vinculação/desvinculação entre meios e fins tem uma conseqüência importante na forma de avaliar-se a validade de uma norma. Se ela for condicional, a validação dar-se-á remontando às normas que lhe deram origem, ou seja, buscando a cadeia normativa, até chegarmos à norma ou princípio fundante. Se, contrariamente, a validação for finalística, devemos empregar técnica diversa, procurando na realidade empírica dados que permitam dizer se a finalidade a que se vinculava a norma foi ou não atingida, o que lhe dará a condição de norma válida ou inválida⁸⁴.

Aceitar essas duas modelagens de validação não implica, contudo, tê-las por excludentes. Ao contrário. Se muitas vezes no Direito contemporâneo a forma de validação utilizada é a condicional, em alguns casos — e cada vez mais freqüentemente —, a validação finalística passa a tomar parte do ambiente jurídico e, sempre, em combinação com a validação condicional. Observe-se, a respeito, que as normas jurídicas precisam de validação condicional para existir, ou o sistema rui em razão da impossibilidade de controle sobre a adequação formal e material da norma. De outro lado, falar-se em validação finalística implica impor um fator a mais para que a norma seja válida: se ela não cumprir a finalidade, pouco importa sua adequação formal e material, a imunização não se dará. Portanto, a validação finalística, sempre que existir, deverá acompanhar a validação condicional, não podendo existir apartada dela, ou

de fins que o conteúdo ou relato da norma imunizada devam atingir. Ao contrário da primeira, nesta se estabelece uma solidariedade entre meios e fins” — Ibid., p. 184.

⁸³ **Contribuições...**, op. cit., p. 119.

⁸⁴ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR diferencia com muita clareza as duas situações: *‘A validade condicional exige uma técnica retrospectiva, isto é, para saber se uma norma vale condicionalmente, deve-se remontar à sua norma imunizante e à norma imunizante desta, até chegar à primeira norma ou norma origem. Já a validade finalística é prospectiva: para saber se uma norma vale, finalisticamente, é preciso verificar se os fins foram atingidos conforme os meios prescritos. De certo modo, o controle da validade condicional é mais formal e automático, enquanto o da validade finalística demanda uma consideração mais cautelosa de aspectos empíricos (verificação de se os fins foram atingidos) [sic]’* — **Introdução...**, op. cit., p. 184.

teríamos que admitir que a obtenção de uma finalidade justificaria qualquer meio que se utilizasse para a obter. Isso implicaria, em outras palavras, a própria morte do sistema jurídico, pois as normas superiores estariam validando normas inválidas porque contrárias, material e formalmente, ao próprio ordenamento. Haveria, nessas hipóteses teratológicas, uma espécie de autofagia jurídica: o Direito validaria normas que o destruiriam porque lhe seriam abertamente contrárias. Assim, sublinhamos com ênfase que a validação finalística somente pode existir se a norma for também condicionalmente válida.

É por isso que TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR afirma que *“(...) o processo de validação é simultaneamente retrospectivo e prospectivo: ao mesmo tempo exige que se remonte regressivamente à origem e, progressivamente, que, da origem, se proceda ao desdobramento dos princípios nela contidos”*⁸⁵. Ora, entender o processo de validação como simultaneamente regressivo e progressivo coloca-nos em questão, novamente, o problema da hierarquia: se ela era sintática em KELSEN e é pragmática na visão de imunização que acabamos de expor, a pergunta que se põe é como se obtém a hierarquia sob um ponto de vista pragmático. E, mais do que isso, como é possível, sob esse ponto de vista, compreender as características de unidade, coerência e completude do sistema jurídico. É o que se passará a analisar no item a seguir.

7 A CONSTITUIÇÃO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO: SISTEMA MÓVEL E ABERTO DE REGRAS E PRINCÍPIOS

KELSEN identifica os conceitos de validade e imperatividade, que são, em sua Teoria Pura, intercambiáveis. Para ele a norma posta é válida e, portanto, imperativa. Mas do ponto de vista pragmático essa interdefinibilidade de conceitos não é cabível, pois o sistema não é rígido, mas móvel, e contém uma série de hierarquias possíveis formadas a partir dos valores, traduzidos em princípios, que o informam. De

⁸⁵ *Introdução...*, op. cit., p. 185.

outro lado, ainda, o sistema é também, como já visto, aberto, pois não pode esgotar todas as possibilidades possíveis de condutas humanas.

Portanto, a estrutura do sistema não é piramidal, mas assemelha-se muito mais a duas espirais concêntricas que terminam em um círculo que lhes serve de núcleo. Porque essa imagem?

Em primeiro lugar, as espirais concêntricas representam as aberturas do sistema, que não preenche todo o espaço para se tornar círculo, mas deixa uma zona livre não-regulada e aberta. Em segundo lugar, o círculo que serve de núcleo às duas espirais representa as normas fundantes do sistema e pelas quais ele se orienta: são os princípios.

É a partir dessa configuração principiológica, sempre móvel e aberta, que se vão formar as séries de hierarquias normativas que orientam o sistema. Essas séries terminam, em qualquer hipótese, nos princípios. O sistema pode, por esse motivo, ser pensado a partir, sempre, dos princípios: a norma fundamental kelseniana estará sempre referida a um princípio centralizador do sistema, conferindo-lhe unidade e ao qual se remeterá toda a normatividade assim estruturada⁸⁶.

Mas isso, como se disse antes, não implica abandonar a unidade do sistema, que se forma sempre a cada interpretação realizada e a despeito de sua mobilidade⁸⁷. A abertura, do mesmo modo, é superada pela tarefa hermenêutica, que fecha o sistema sempre que o interpreta/aplica⁸⁸.

⁸⁶ É possível, pois, entendermos que CANARIS chega a essa concepção quando deduz que o ordenamento é orientado pelo princípio da justiça e, portanto, cumpre função teleológica. Compete-nos apenas acrescentar, no tema, que a identificação epistemológica de qual seja o princípio ordenador do sistema jurídico não é tarefa que nos esteja reservada, antes sendo delegada aos estudos de Filosofia do Direito. Daí porque não cogitarmos, aqui, qual pode ser esse princípio orientador.

⁸⁷ A mobilidade é, aliás, bem explicada por FERRAZ JÚNIOR: *‘Em suma, como sistemas dinâmicos, os ordenamentos têm alta mobilidade, neles tudo está em movimento, donde decorre a dificuldade de operar com eles (tarefa da dogmática). Eles se comparam, enquanto sistema, a um jogo de futebol no qual não só os jogadores, a bola, os árbitros se movimentam, mas também as linhas do campo e as traves mudassem de posição. Cabe ao jurista, com base na ciência dogmática, operar a possibilidade do jogo. Para isso, ele necessita de conceitos operacionais dinâmicos, sem os quais os conflitos sociais seriam indecidíveis. Embora dinâmicos, estes conceitos têm de possibilitar alguma forma de estabilidade (estabilidade na mudança)’* — **Introdução...**, *op. cit.*, p. 195-196.

⁸⁸ Abraçamos, aqui, o posicionamento de EROS ROBERTO GRAU, para quem interpretar é aplicar: *‘O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gada-*

Pode-se dizer então que o sistema jurídico tende à unidade, é móvel e é aberto, embora tenda ao fechamento pela colmatação das lacunas sistêmicas⁸⁹. E exerce posição de centralidade, no sistema, a Constituição. Esta, no sentido que lhe dá KONRAD HESSE, é a “(...) *ordem fundamental jurídica da coletividade*”⁹⁰. Citando HOLLERBACH, explica, ainda, o constitucionalista alemão:

Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é “o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade” [sic]⁹¹.

É preciso compreender, portanto, que a Constituição é elemento fundante da ordem normativa, caracterizando, por aí, o elemento convergente de toda a estrutura jurídico-formal — em síntese, do sistema jurídico. É, pois, de sua força criadora, a *força normativa* de que nos fala HESSE, que se desdobra todo o ordenamento, compreendido em verdadeiro *sistema jurídico*⁹² — que abarca as noções de Constituição somadas às de normas infraconstitucionais e princípios alojados, principalmente, no corpo constitucional. Sistema este que é definido por JUAREZ FREITAS como “(...) *rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando anti-*

mer]. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [Marí]. *Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário* [Gadamer], *superpondo-se* [sic]” — **Ensaio e Discurso...**, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁹ Na mesma linha aqui defendida, JOSÉ ROBERTO VIEIRA entende que a visão do sistema jurídico como dotado de unidade e completude é apenas uma noção primeira, insuficiente a uma investigação mais profunda, a merecer, pois, enriquecimento. Para o autor, deve ser ultrapassada uma noção segunda — a de que o sistema é formado por elementos (repertório) relacionados entre si (estrutura) em um todo unitário (unidade) —, atingindo-se uma terceira e mais adequada noção, fortemente marcada pelo destaque dado à idéia de *ordenação*. Esta última, ainda que intimamente reportada à unidade, pode dela ser apartada em categoria própria. É a característica sistemática que aqui denominamos *coerência*, de maneira que essa terceira noção — abrangendo a o repertório, a estrutura, a unidade e a coerência — é “*apta a significá-lo [sistema] na esfera da Ciência do Direito*” — A Noção de Sistema No Direito, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 33, p. 61.

⁹⁰ **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 37.

⁹¹ *Id.*

⁹² KONRAD HESSE, **A Força Normativa da Constituição**, *passim*.

nomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição”⁹³.

A Constituição, portanto, não é só ápice sistêmico, mas é força criadora central do ordenamento, movida pelos princípios jurídicos que nela guardam abrigo. Daí a denominação de Constituição como *‘sistema aberto de regras e princípios’*, como a define CANOTILHO⁹⁴:

Convém, por isso, adiantar o ponto de partida fundamental para a compreensão dos desenvolvimentos seguintes: o *sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios*⁹⁵. Este ponto de partida carece de “desco - dificação”: (1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma estrutura *dialógica* (Caliess), traduzida na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*⁹⁶.

Os caracteres identificados acima não podem ser olvidados, sob pena de se desvirtuar o sistema, estabelecendo quebra em sua rede axiológica orientada pelos princípios. Por isso, a análise de qualquer norma jurídica deve ser feita partindo-se sempre dos princípios alojados, implícita ou explicitamente, na Constituição Federal, vetor centralizador do ordenamento jurídico lido como *sistema*.

⁹³ JUAREZ FREITAS *A Interpretação...*, *op. cit.*, p. 61. Importa observar, nesse ponto, que FREITAS fundamenta muito de sua obra em CANARIS. Toma deste último, pois, tanto a terminologia — o autor menciona princípios e normas para dizer regras e princípios, espécies do gênero norma —, quanto a idéia do ordenamento jurídico — que diz ser composto de princípios, regras e valores quando, na verdade, os princípios, que são normas, já veiculam valores. As críticas a tais posicionamentos já as fizemos quando, no item 5 deste Capítulo, tratamos da obra de CANARIS.

⁹⁴ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1083-1115.

⁹⁵ CANOTILHO refere-se ao ordenamento português, mas as observações por ele expendidas são válidas também para o ordenamento brasileiro, pois são ambos sistemas abertos de regras e princípios — cf. JUAREZ FREITAS, *A Interpretação...*, *op. cit.*, *passim*, onde esse autor defende a compreensão de sistema com texturas abertas e hierarquização de princípios, na linha dos ensinamentos de CANARIS.

⁹⁶ *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 1085.

CAPÍTULO II — ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

“A norma tributária é absolutamente igual, em sua estrutura, às demais normas jurídicas. Nada há que a distinga de qualquer outra norma jurídica”⁹⁷.

1 ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA: ANTECEDENTE E CONSEQÜENTE

O estudo da estrutura da norma jurídica tributária teve boas e aprofundadas contribuições no Brasil desde a obra de ALFREDO AUGUSTO BECKER⁹⁸. Cada uma das concepções desenvolvidas trouxe diferentes e renovadas contribuições para o entendimento do tema, e o melhor estudo já formulado a respeito pertence certamente a PAULO DE BARROS CARVALHO, opinião com a qual concordam alguns dos mais eminentes juristas que já se ocuparam da temática⁹⁹.

A norma é, como vimos, uma proposição prescritiva. Portanto, recolhe do mundo um determinado fato e a ele imputa — prescreve — uma conseqüência. Por isso, como também mencionamos, sua estrutura é binária, compondo-se de um descritor — ou hipótese, ou antecedente — e um prescritor — ou conseqüente.

Faremos agora uma análise desses dois membros da norma jurídica tributária, identificando-lhes, a partir da obra de PAULO DE BARROS CARVALHO, os critérios que os compõem¹⁰⁰.

⁹⁷ GERALDO ATALIBA, **Hipótese de Incidência Tributária**, p. 24.

⁹⁸ **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 278-318.

⁹⁹ Sobre a concepção de PAULO DE BARROS CARVALHO, cf. **Teoria da Norma...**, *op. cit.*, p. 116-178; **Curso...**, *op. cit.*, p. 241-352; **Direito Tributário...**, *op. cit.*, p. 22-31. Na mesma linha, cf. SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 94; MARÇAL JUSTEN FILHO, **O Imposto sobre Serviços na Constituição**, p. 44; JOSÉ ROBERTO VIEIRA, **A Regra Matriz...**, *op. cit.*, p. 55; OCTAVIO CAMPOS FISCHER, **A Contribuição ao PIS**, p. 33.

¹⁰⁰ Algumas divergências sobre a denominação dos componentes da estrutura da norma tributária podem ser encontradas na doutrina. Há autores que preferem falar em *aspectos*, como é o caso de GERALDO ATALIBA — **Hipótese...**, *op. cit.*, *passim* — e SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO — **Teoria Geral...**, *op. cit.*, *passim*. Já MARÇAL JUSTEN FILHO prefere referir a existência de *aspectos* no antecedente e *determinações* no conseqüente — **O Imposto...**, *op. cit.*, *passim*.

2 A NORMA TRIBUTÁRIA E SEUS CRITÉRIOS

2.1 NOTA TAXINÔMICA

Antes de iniciarmos o estudo propriamente dito do antecedente tributário, também denominado hipótese de incidência, cabe fazer breve nota para referir um problema taxinômico específico e que, caso mantido, apenas leva à *confusão mental*, para utilizarmos a expressão precisa de BECKER¹⁰¹. O rigoroso cuidado com a terminologia, como alerta BOBBIO, é exigência fundamental para construir qualquer ciência¹⁰².

A doutrina mais tradicional tem utilizado a expressão *fato gerador* em dois sentidos diversos, aludindo a duas realidades plenamente distintas: (i) a descrição legislativa que faz nascer a relação jurídica tributária, e (ii) o próprio acontecimento relatado no antecedente da norma individual e concreta do ato de aplicação. Por isso, *fato gerador* é uma expressão plena de equivocidade e que deve ser abandonada¹⁰³.

Assim, propõe BARROS CARVALHO que terminologia mais adequada é a de *hipótese tributária* e *fato jurídico tributário*, apartando as duas realidades sem dificuldades¹⁰⁴. A terminologia proposta por ATALIBA designando o fato por *fato imponível* revela-se inadequada, pois, no dizer de PAULO DE BARROS CARVALHO, ‘*Não exi ste fato anteriormente à incidência, de tal modo que, enquanto imponível, não é ainda fato e, de modo concomitante com seu nascimento, já assumiu, na plenitude, os dons da sua juridicidade*’¹⁰⁵.

¹⁰¹ **Teoria...**, *op. cit.*, *passim*.

¹⁰² **Teoria da Norma...**, *op. cit.* Para PAULO DE BARROS CARVALHO, ‘*Acaso aceitamos, de maneira passiva e acrítica, os erros que os textos de lei cursivamente exprimem, de nada servirá a investigação do sistema positivo, bem como o trabalho descritivo que o explicita*’ — **Curso...**, *op. cit.*, p. 243.

¹⁰³ GERALDO ATALIBA refere que ‘*(...) não se pode aceitar essa confusão terminológica, consistente em designar duas realidades tão distintas pelo mesmo nome*’, pois ‘*Não é possível desenvolver trabalho científico sem o emprego de um vocabulário técnico rigoroso, objetivo e unívoco. Por isso parece errado designar tanto a previsão legal de um fato, quanto ele próprio, pelo mesmo termo (fato gerador)*’ — **Hipótese...**, *op. cit.*, p. 49-50.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 244.

¹⁰⁵ **Curso...**, *op. cit.*, p. 245. Sobre a expressão de ATALIBA, cf. **Hipótese...**, *op. cit.*, p. 51.

Observe-se que, para nosso uso, julgamos intercambiantes os conceitos de hipótese de incidência e hipótese tributária. A primeira designação é mais genérica e pode referir-se ao antecedente de qualquer norma, ao passo que a segunda é mais específica e refere-se tão-só ao suposto da norma tributária. Contudo, na medida em que estamos trabalhando aqui com normas tributárias, não vemos empecilho à utilização das expressões como sinônimas.

2.2 O ANTECEDENTE NORMATIVO E SEUS CRITÉRIOS

2.2.1 Caracterização

A antecedente normativo, também chamado descritor, suposto ou hipótese, é exatamente aquele membro da norma jurídica que descreve um fato empírico — um *evento*, se quisermos precisar melhor¹⁰⁶. Portanto, carrega em seu bojo um conceito que será, na expressão de LOURIVAL VILANOVA adotada por BARROS CARVALHO, “*seletor de propriedades*”, na medida em que, confrontado com a impossibilidade de captar a riqueza de matizes com os quais a realidade se apresenta, dirá quais

¹⁰⁶ PAULO DE BARROS CARVALHO, ao discorrer sobre o fenômeno da incidência jurídica, distingue com precisão fatos e eventos. Para ele, os acontecimentos do mundo real são denominados eventos. Estes, uma vez que juridicizados, passam a ser expressos em linguagem normativa. São captados pelo Direito, transformados em uma outra coisa, em substância jurídica, já que expressos em linguagem própria — Direito, recordemos, é linguagem e, mais do que apenas linguagem, é uma linguagem específica: linguagem normativa. Passam, então, a denominar-se fatos jurídicos ou, apenas, fatos. A proposta da dicotomia fato/evento busca superar eventuais dificuldades da adoção de uma dicotomia fatos/fatos jurídicos, que certamente seria mais confusa. Assim, com precisão, anota BARROS CARVALHO que “(...) fatos jurídicos não são simplesmente os fatos do mundo social, constituídos pela linguagem de que nos servimos no dia a dia. Antes, são enunciados proferidos na linguagem competente do direito positivo, articulados em consonância com a teoria das provas”. E, pouco adiante, separa o jurista os fatos apenas constituídos em linguagem social daqueles constituídos em linguagem jurídica, ao observar que “(...) se as mutações que se derem entre os objetos da experiência vierem a ser contadas em linguagem social, teremos os fatos, no seu sentido mais largo e abrangente. Aquelas mutações, além de meros ‘eventos’, assumem a condição de ‘fatos’. Da mesma forma, **para o ponto de vista do direito**, os fatos da chamada realidade social serão simples eventos enquanto não forem constituídos em linguagem jurídica própria” — **Direito Tributário...**, *op. cit.*, p. 89. Em sentido semelhante, embora em contexto epistemológico diverso, a lição de GERALDO ATALIBA: “O conceito legal — como parece claro — designa (espelha) uma coisa, designação esta que é seu conteúdo. Por isso, o conteúdo da h.i. não é o estado de fato, mas sua designação ou descrição: a h.i., portanto, significa o estado de fato, dirige-se a ele, mas com ele não se confunde” — **Hipótese...**, *op. cit.*, p. 55.

notas características deve ter um certo evento para que a norma jurídica possa incidir e ele possa penetrar na realidade jurídica¹⁰⁷.

Esse antecedente normativo pode apresentar: (i) uma previsão hipotética que recolhe as notas essenciais que um evento deve ter para se tornar fato jurídico, ou (ii) a realização efetiva e concreta de um acontecimento que, relatado em linguagem própria — jurídica —, configura fato jurídico. Na primeira hipótese estaremos tratando de normas gerais e abstratas, na segunda de normas individuais e concretas, ambas dotadas da prescritividade inerente à normatividade jurídica¹⁰⁸.

Dissemos ainda agora que a hipótese elege fatos da realidade que deseja disciplinar e reputa-os jurídicos, veiculando conceitos descritivos seletores de propriedades. Para que o enunciado hipotético possa realizar essa tarefa que lhe é destinada, três critérios deverão estar presentes: (i) o material, (ii) o espacial, (iii) o temporal. Vejamos, em breves palavras, o que é cada um desses critérios.

2.2.2 Critério Material

O primeiro deles, o critério material, refere-se a um determinado comportamento de pessoas, quer sejam elas físicas ou jurídicas, condicionadas por circunstâncias da realidade que as envolvem, notadamente circunstâncias temporais e espaciais — e aqui notamos, já, a íntima e profunda ligação existente entre os diferentes critérios componentes da hipótese, que não podem ser analisados separadamente, a não ser para a formulação de considerações didáticas e explicativas da realidade jurídica. Trata-se, por sua importância suprema, do próprio núcleo do descritor, onde residirá a raiz mais

¹⁰⁷ A respeito, cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, op. cit., p. 252. Para ATALIBA, “A mult iplicidade de fatos concretos não é abrangida pelos conceitos legais (h.i.). Pelo contrário, só alguns fatos são objeto de conceitos legais, do que resulta que só um número muito reduzido constitui fato jurígeno ou fato jurídico relevante” — *Hipótese...*, op. cit., p. 56. O conceito de ATALIBA é, assim, diverso daquele de BARROS CARVALHO, o que se explica porque para ATALIBA a norma selecionava, para tornar fatos, alguns eventos dentre aqueles incontáveis de eventos que povoam a realidade. BARROS CARVALHO vai mais além, para entender que, daqueles eventos selecionados, só algumas de suas características, ou propriedades, é que são escolhidas pela norma, daí utilizar a expressão de VILANOVA de que o conceito (normativo) é seletor de propriedades.

¹⁰⁸ Sobre o tema, cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, op. cit., p. 249.

profunda do evento que se pretende descrever¹⁰⁹.

Alguns autores, em posição criticável, conceituam o critério material de forma muito larga, e nessa operação terminam por confundir o núcleo da hipótese — que é o critério material — com a própria hipótese. É a posição que parece adotar ATALIBA:

O aspecto mais complexo da hipótese de incidência é o material. Ele contém a designação de todos os dados de ordem objetiva, configuradores do arquétipo em que ela (h.i.) consiste; é a própria consistência material do fato ou estado de fato descrito pela h.i.; é a descrição dos dados substanciais que servem de suporte à h.i.

Este aspecto dá, por assim dizer, a verdadeira consistência da hipótese de incidência. Contém a indicação de sua substância essencial, que é o que de mais importante e decisivo há na sua configuração¹¹⁰.

Não vemos, entretanto, no aspecto material, ‘(...) a designação de todos os dados de ordem objetiva, configuradores do arquétipo em que ela (h.i.) consiste’. Evidentemente, é um critério essencial e importantíssimo, tanto que constitui o núcleo da hipótese de incidência. Isso não implica, contudo, dizermos que o critério refere ‘(...) todos os dados de ordem objetiva’, até porque alguns dados serão fornecidos por outros critérios, como o espacial e o temporal — já o mencionamos algumas linhas atrás. Concordamos, pois, com a crítica feita por BARROS CARVALHO¹¹¹.

Finalmente, devemos anotar que o critério material, núcleo da hipótese de incidência, será formado sempre por um verbo com um complemento. Por se tratar da expressão de um comportamento humano e exigir complemento, o verbo constitutivo do critério material deve ser sempre pessoal e de predicação incompleta.

2.2.3 Critério Espacial

O segundo critério componente da hipótese de incidência é o espacial, que designa o âmbito territorial (físico, portanto) em cujos lindes os eventos ocorridos e que

¹⁰⁹ A hipótese, sublinhemos com vigor ainda uma vez, descreve um evento, e não um fato. Este último apenas passará a existir se, ocorrido aquele evento descrito na hipótese, houver transposição na linguagem adequada, *i.e.*, jurídica.

¹¹⁰ **Hipótese...**, *op. cit.*, p. 95.

¹¹¹ Cf. **Curso...**, *op. cit.*, p. 253 e **Teoria...**, *op. cit.*, p. 124.

estejam descritos na hipótese normativa serão captados e regulados pela norma jurídica. Não se confunde, pois, é importante sublinhar, com seu campo de validade¹¹². Tais coincidências, sem sombra de dúvida bastante frequentes, devem ser reputadas tão-só a opções do legislador na composição da lei, de modo que tanto pode haver um específico local determinado para a ocorrência do fato, ou áreas específicas, quanto pode haver um critério genérico, no qual a identificação seja com o próprio âmbito de validade da lei.

2.2.4 Critério Temporal

O terceiro critério, o temporal, determina o exato instante do nascimento do liame jurídico, assinalando o nascimento de um direito subjetivo do Estado contraposto a um dever jurídico imputado ao sujeito passivo. Esse instante temporal, que marca a entrada do evento passível de tributação no mundo jurídico, para se tornar fato jurídico tributário, não precisa coincidir, necessariamente, com o instante em que ocorre o evento no mundo real. Pode ser um instante ficto escolhido pelo legislador, como, por exemplo, no caso do ICMS, o instante em que a mercadoria deixa o estabelecimento do vendedor — quando, na verdade, o real instante é aquele em que se efetua a circulação jurídica da mercadoria, ou seja, no momento da tradição da coisa, conforme disciplina o Código Civil em seu artigo 1.267.

O critério temporal, portanto, guarda a característica de ser definido pelo legislador, muitas vezes, por via de um acontecimento espacial — saída da mercadoria. Essa prática deve ser vista com cuidado pelo intérprete, pois uma leitura apressada da norma poderia implicar uma condenável confusão de critérios, misturando-se o âmbito espacial com o temporal.

Essa é, em breves palavras, a estrutura da hipótese de incidência, primeiro membro componente da estrutura normativa. Passemos agora ao estudo do outro

¹¹² PAULO DE BARROS CARVALHO percebe "(...) com transparente nitidez, que o critério espacial da hipótese e o campo de eficácia da lei tributária são entidades ontologicamente distintas" — **Curso...**, op. cit., p. 258.

membro, o conseqüente normativo.

2.3 O CONSEQÜENTE NORMATIVO E SEUS CRITÉRIOS

2.3.1 Caracterização

O conseqüente normativo, também chamado prescritor, traz a previsão de uma relação jurídica, que se instalará quando o evento descrito na hipótese for relatado em linguagem competente, momento em que será recolhido como fato. Por isso, a investigação de seus critérios implica descortinar o perfil da relação jurídica então estabelecida pela incidência da norma.

O Direito, como bem o sabemos, é ordenador da vida social, disciplinando condutas por meio da relação jurídica que, alocada no prescritor da norma jurídica, pode ser definida como o “(...) *vínculo abstrato, segundo o qual, por força da imputação normativa, uma pessoa, chamada de sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outra, denominada sujeito passivo, o cumprimento de certa prestação*”¹¹³. A hipótese normativa liga-se à conseqüência por uma imputação deôntica, e o vínculo implicacional se estabelece no conseqüente, criando uma obrigação para os sujeitos da relação jurídica¹¹⁴.

O conseqüente divide-se em dois critérios, que se cindem, por sua vez, em outras duas divisões: (i) critério pessoal, dividido em (i.a) sujeito ativo e (i.b) sujeito passivo, e (ii) critério quantitativo, cindido em (ii.a) base de cálculo e (ii.b) alíquota.

¹¹³ PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, op. cit., p. 282-283.

¹¹⁴ PAULO DE BARROS CARVALHO define obrigação — que entende como sinônimo de “(...) *relação jurídica de índole economicamente apreciável*” — como “(...) *vínculo abstrato, que surge pela imputação normativa, e consoante o qual uma pessoa, chamada de sujeito ativo, credor ou pretensor, tem o direito subjetivo de exigir de outra, denominada sujeito passivo ou devedor, o cumprimento de prestação de cunho patrimonial*” — *Ibid.*, p. 286-287.

2.3.2 Critério Pessoal

O critério pessoal refere as pessoas a quem a relação jurídica é imputada pela norma. Trata-se, no entender de BARROS CARVALHO, de um “(...) *conjunto de elementos, contido na consequência das endonormas tributárias e segundo o qual podemos identificar os sujeitos da relação jurídica que se estabelece pelo acontecimento de um fato hipoteticamente previsto*”¹¹⁵. E dois, pelo menos, são os sujeitos: um ativo e um passivo, a depender da posição que ocupem na relação jurídica.

A primeira dessas posições é ocupada pelo assim denominado sujeito ativo, que freqüentemente será aquela pessoa política competente para instituir o tributo — seja ela a União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal. É sujeito ativo, portanto, o Estado, em sentido lato. Contudo, a possibilidade de sujeição ativa não se restringe ao Estado, às pessoas políticas competentes para a instituição da norma tributária. É possível, efetivamente, delegar a capacidade tributária ativa de que são titulares as pessoas políticas a quaisquer outras pessoas, que nesse caso passam a ser denominadas entidades paraestatais¹¹⁶ — e a função cumprida por esses sujeitos ativos paraestatais intitula-se *parafiscalidade*, fenômeno importante que, sublinhamos, não deve jamais ser confundido com a *extrafiscalidade*¹¹⁷.

Na outra ponta da relação jurídica situa-se o sujeito passivo, a quem será imputada a obrigação tributária pela norma jurídica. Esse sujeito passivo, que deve satisfazer à pretensão tributária, sempre deverá vir determinado, de modo expresso, na lei

¹¹⁵ PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 162-163.

¹¹⁶ PAULO DE BARROS CARVALHO faz a pertinente anotação de que “*A técnica da parafiscalidade pressupõe a designação categórica da pessoa que irá exigir, para o benefício de suas próprias finalidades, os débitos tributários*” — **Teoria...**, *op. cit.*, p. 164.

¹¹⁷ Muito embora em diversas ocasiões a parafiscalidade e a extrafiscalidade se manifestem em conjunto, fato que, pensamos, talvez esteja na raiz de uma certa confusão doutrinária que às vezes impera quanto às duas figuras jurídicas. A extrafiscalidade, como ainda veremos em capítulo ulterior, respeita à função da tributação. Isso é, tributo extrafiscal é aquele que não cumpre apenas a sua função primária de arrecadação, mas que tem também a função de influir indiretamente nos comportamentos dos sujeitos passivos submetidos à tributação. Já a parafiscalidade, como se viu, refere-se a uma qualidade do sujeito ativo, qual seja, a de não se identificar diretamente com o Estado, sendo apenas ente arrecadador, porque essa função lhe foi delegada pela pessoa política competente para a instituição tributária.

instituidora do tributo. Não há a possibilidade aqui, como no sujeito ativo, de que a previsão seja implícita. E, mais do que isso, apenas poderá ser sujeito passivo quem detiver a capacidade tributária para tanto.

Ora, capacidade tributária é a “(...) *aptidão que as pessoas têm para serem sujeitos ativos e passivos de relações jurídicas de índole tributária*”. Assim, “(...) *capacidade tributária passiva é a habilitação que a pessoa, titular de direitos fundamentais, tem para ocupar o papel de sujeito passivo de relações jurídicas de natureza fiscal*”¹¹⁸. Essa capacidade tributária não deve ser confundida com aquela outra, de natureza civil, para realizar fato jurídico: a lei tributária não imputa aos atos e fatos os mesmos efeitos que a lei civil. A lei de tributação, com efeito, descreve o fato que melhor lhe aprouver, atribuindo-lhe os correspondentes efeitos tributários, o que implica ampla liberdade de estipulação ao legislador da matéria tributária¹¹⁹. É possível, pois, à norma de Direito Tributário, atribuir a qualidade de sujeito passivo a quem não tenha sua personalidade jurídica definida pela legislação civil. Apenas dois limites se impõem a essa ampla liberdade estipulativa: os contornos constitucionais do tributo em apreço e a relação estabelecida entre o sujeito e o evento eleito para suposto tributário.

A despeito dessa ampla liberdade, PAULO DE BARROS CARVALHO chama a atenção para o fato de que, no que toca à relação tributária propriamente dita, o espectro é mais restrito¹²⁰. Dele podem participar apenas aqueles sujeitos personalizados pela lei civil, pois “(...) *se o direito tributário é livre o suficiente em si mesmo para traçar os contornos dos fatos que elege, não o será, com certeza, para firmar os termos da chamada **obrigação tributária***”¹²¹. Diferencia-se assim a *capacidade para realizar fato jurídico tributário*, bastante mais ampla, da *capacidade para ser sujeito passivo de obrigação tributária*.

¹¹⁸ PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, op. cit., p. 305.

¹¹⁹ Nesse sentido, refere BARROS CARVALHO que uma “(...) *distância abissal separa as duas circunstâncias, sumamente relevantes para a descrição do fenômeno jurídico das imposições tributárias: a possibilidade de um ente, ao qual o direito positivo não atribui personalidade jurídica, vir a concretizar situação estabelecida na lei fiscal, desencadeando efeitos tributários; e a aptidão para integrar a relação jurídico-tributária, nexa que surge, automática e infalivelmente, por força da ocorrência dos fatos descritos*” — *Curso...*, op. cit., p. 309.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 310.

¹²¹ *Ibid.*, p. 310-311.

A razão para a imposição de tais limites à capacidade para ser sujeito passivo de obrigação tributária é bastante simples: sendo a obrigação tributária uma relação patrimonial, sua estrutura interior é sempre a mesma, independentemente dos sujeitos ou do objeto que a integrem. Se a norma tributária desrespeitasse essa natureza patrimonial da obrigação, decerto frustraria o uso desse instrumento, além de produzir cisão interna insuperável no interior do sistema jurídico. Daí dizer BARROS CARVALHO que “(...) *seria herético afirmar que o direito tributário tem prerrogativas de modelar a organização do vínculo, atribuindo personalidade jurídica a quem o universo sistemático não confere*”¹²². Por isso, a norma tributária admite, sempre que houver necessidade de se acolher na relação jurídica pessoa que seja despersonalizada, a eleição de um *responsável tributário*, a quem incumbirá o cumprimento da obrigação. Esse responsável deve, além de ter personalidade jurídica para figurar no pólo passivo da relação, ser ligado, de algum modo, ao fato tributário e ao sujeito passivo.

Por fim, cabe ainda retermos a lembrança de que o sujeito passivo não precisa ser uma única pessoa. É possível a existência de mais de um devedor na relação jurídica tributária, hipótese em que se configurará a solidariedade tributária. Todavia, a solidariedade só poderá existir na relação jurídica se os sujeitos passivos guardarem relação com o fato tributário.

2.3.3 Critério Quantitativo

O critério quantitativo é o grupo de determinações legais que possibilitam precisar a exata quantia de tributo devido para o adimplemento da obrigação, de modo que “(...) *nele reside a chave para a determinação do objeto prestacional*”¹²³. Por isso ele pode ser entendido como a *definição da dívida tributária*. Localiza-se no consequente normativo e é composto de duas entidades: (i) a base de cálculo e (ii) a alíquota. Vejamos separadamente cada qual dessas entidades.

A primeira delas, a base de cálculo, é uma grandeza cuja função é, primordi-

¹²² **Curso...**, *op. cit.*, p. 311.

¹²³ PAULO DE BARROS CARVALHO, *Ibid.*, p. 325.

almente, possibilitar o dimensionamento econômico daquele evento, tornado fato, previsto no antecedente da norma tributária. Em combinação com a alíquota, possibilita a determinação do valor da prestação pecuniária objeto da obrigação tributária.

Três funções podem ser identificadas para a base de cálculo: (i) *medir as proporções reais do fato*, para tanto elegendo algum atributo desse fato jurídico tributário que possa servir de suporte à mensuração de seu conteúdo econômico¹²⁴; (ii) *compor a específica determinação da dívida*, apontando o fator a que se deve ligar a perspectiva mensurável para a obtenção do *quantum* devido¹²⁵; e (iii) *confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da hipótese tributária*, na medida em que a base de cálculo deve corresponder ao critério material da hipótese, assim o confirmando ou o infirmando¹²⁶.

Pode-se, ainda, classificar as bases de cálculo em normativas ou fáticas. Estas últimas traduzem o resultado individual e concreto obtido para um determinado sujeito passivo. Já aquelas primeiras são as bases de cálculo desenhadas, *in abstracto*, no consequente normativo. Deve-se observar, a respeito da distinção, que “A base de cálculo jamais é determinada no plano normativo”¹²⁷, pois há lá apenas uma referência abstrata ao fato jurídico tributário. É apenas no encontro com o fato, na determinação concreta, na obtenção da base de cálculo fática, que se dará a efetiva obtenção da quantia líquida e certa que constituirá a base e sobre a qual se deve aplicar a alíquota.

Cabem, aqui, brevíssimos parêntesis para fazermos rápida consideração sobre os chamados *tributos fixos*. Neles, não há cálculo a ser feito, porque a previsão do *quantum* a pagar vem expressamente consignada no texto normativo. Nessa hipótese, descabe qualquer alusão à expressão base de cálculo, eis que não há verdadeira base

¹²⁴ Se, no entanto, a base de cálculo não possibilitar a expressão da obrigação em pecúnia, a alíquota certamente o fará.

¹²⁵ Nesse sentido, anota BARROS CARVALHO que a base de cálculo cumpre duas funções: (i) projetiva, porque “(...) se projeta para frente, demarcando o conteúdo do objeto da relação obrigatoria”, e (ii) retrospectiva, na qual “(...) o aplicador da lei, olhando para trás, isto é, para o fato que já ocorreu, trata de medi-lo” — **Curso...**, *op. cit.*, p. 329.

¹²⁶ Caso haja desencontro entre os critérios — material e quantitativo —, deve prevalecer a base.

¹²⁷ PAULO DE BARROS CARVALHO, *Ibid.*, p. 333.

— poder-se-ia, talvez, dizer que a base é ficta¹²⁸. Inversamente, naqueles tributos que não são fixos, sempre haverá base e sempre haverá cálculo, de modo que em casos tais é adequada a locução *base de cálculo*.

Por fim, o segundo elemento componente do critério quantitativo é a alíquota, que, uma vez associada à base de cálculo, produz o *quantum* tributário. Ela pode assumir duas feições: (i) um valor monetário fixo, ou variável em função de escalas progressivas de base de cálculo, ou (ii) uma fração, percentual ou não, da base de cálculo. Nessa segunda hipótese, poderá ser invariável, proporcional progressiva ou proporcional regressiva em relação à base de cálculo. É importante deixar sublinhado que a alíquota, bem mais do que a base de cálculo, é o grande instrumento da estrutura normativa tributária utilizado no cumprimento das funções extrafiscais do tributo. Sua definição não apenas determinará se a tributação carrega ou não ares de confisco, mas também designará se e a partir de qual ponto haverá interferência no patrimônio particular que possa ser identificada como advinda da extrafiscalidade. As considerações ligadas à função extrafiscal, no entanto, serão mais bem analisadas no capítulo próprio, mais adiante.

2.4 A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA PARA PAULO DE BARROS CARVALHO: VISÃO GERAL

Explorada a visão de PAULO DE BARROS DE CARVALHO nos itens anteriores, cabe-nos, neste ponto fazer brevíssima síntese de seu pensamento, não apenas para sistematizarmos as idéias já expendidas, mas também para tê-las mais facilmente à mão no pequeno reparo crítico que faremos a seguir, a partir das concepções da regra-matriz de incidência de SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO e de MAR-

¹²⁸ Entendemos que a chamada tributação fixa, embora faça parte da prática tributária brasileira, é inconstitucional, isso por duas razões. A primeira porque a Constituição exprime, explicitamente, em dois pontos (art. 145, § 2º e art. 154, I), a necessidade de base cálculo para os tributos. Não fosse essa razão suficiente, e outra, mais forte, impor-se-ia: a absoluta imprescindibilidade de respeito à capacidade contributiva (CF, arts. 145, § 1º e 150, II), exigência de todo inafastável, sob pena de que a exação se torne confiscatória (CF, art. 150, IV).

ÇAL JUSTEN FILHO.

É forçoso, pois, notar que a regra-matriz de incidência é composta por um prescriptor e um descritor. No descritor estão contidos (i) o critério material — formado por um verbo mais o seu complemento —, (ii) o critério espacial e (iii) o critério temporal, ao passo que no prescriptor estão contidos (i) o critério pessoal — subdividido em sujeito passivo e ativo — e (ii) o critério quantitativo — subdividido em base de cálculo e alíquota. BARROS CARVALHO identifica, ainda, um esquema lógico para a regra-matriz de incidência que descreveu¹²⁹:

$$N_{jt} \left[\begin{array}{c} H_t \equiv C_{m(v \bullet c)} \bullet C_e \bullet C_t \\ \downarrow DS_n \\ CS_t \equiv C_p (S_n \bullet S_p) \bullet C_q (b_c \bullet a_l) \\ \leftarrow DS_m \rightarrow \end{array} \right]$$

Com a apresentação desse esquema lógico, encerra-se o estudo da teoria da estrutura da regra-matriz em PAULO DE BARROS CARVALHO. Passemos, pois, ao breve reparo crítico que antes mencionamos.

3 REPARO CRÍTICO: O DESTINATÁRIO CONSTITUCIONAL DA NORMA TRIBUTÁRIA

Embora trace concordância com os aportes trazidos para a estrutura da norma tributária por PAULO DE BARROS CARVALHO, apontando-lhe ser essa sua ‘(...) *mais aguda percepção*’, SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO aponta-lhe pequeno reparo crítico¹³⁰. Entende o jurista estarem os fatos jurídicos sempre ligados a

¹²⁹ **Curso...**, *op. cit.*, p. 344. Onde: N_{jt} = norma jurídica tributária; H_t = hipótese tributária; \equiv = equivalência; C_m = critério material; v = verbo; \bullet = conectivo lógico disjuntor; c = complemento do verbo; C_e = critério espacial; C_t = critério temporal; CS_t = conseqüente tributário; C_p = critério pessoal; S_a = sujeito ativo; S_p = sujeito passivo; C_q = critério quantitativo; b_c = base de cálculo; a_l = alíquota; DS_n = dever-ser neutro; DS_m = dever-ser modalizado.

¹³⁰ **Teoria...**, *op. cit.*, p. 95.

uma pessoa, porque produtos de um comportamento humano. Desse modo, atributos ou qualificações que possua esse sujeito ligado ao fato jurídico podem ser muito importantes na delimitação da hipótese de incidência. Em certas cogitações, tais como as respeitantes à sujeição passiva substitutiva, é importante uma indicação pessoal na hipótese de incidência, já que esta é a forma pela qual se pode explicar a divergência existente entre o sujeito passivo e a pessoa que efetivamente realizou a hipótese de incidência. É que esta última “*qualifica*” a hipótese “(...) *em termos de referência pessoal (aspecto pessoal da hipótese), e nada impede que seja diversa da que, no mandamento, na consequência ou no prescritor da norma, como diria Vilanova, suporta o dever de contribuir (o sujeito passivo da relação jurídica)*”¹³¹.

Assim, é possível uma distinção clara entre sujeição passiva indireta e direta: nesta as pessoas — a da hipótese e a do mandamento — são idênticas, naquela as pessoas são distintas.

Já MARÇAL JUSTEN FILHO vai um pouco mais longe em sua concepção. Para ele, a hipótese descreve uma conduta. Portanto, ela não pode ser tida apenas como um fato objetivo praticado em um certo tempo e em um certo espaço: antes, precisa ser um fato praticado por *alguém*. Daí a importância da pessoalidade como critério. Tal se dá, especialmente, naqueles casos em que se tenha um tributo vinculado, como é o caso das taxas e das contribuições. Para JUSTEN FILHO, a pessoa jamais deixará de ser apontada, ainda que não seja determinada. Será, no entanto, sempre determinável¹³².

O reparo crítico que esses dois autores fazem, portanto, é o de apontar, no descritor, uma pessoa que pratique o fato a ser colhido pela norma jurídica tributária, e ao qual se deveria, idealmente, imputar uma determinada consequência: a instauração de uma relação jurídica tributária. Trata-se de um critério pessoal alocado na hipótese, suficiente para delinear a pessoa que tem relação patrimonial com a conduta descrita pelo verbo identificador da materialidade tributária, o que não significa dizer que a pessoa assim identificada venha a ser, necessariamente, o sujeito passivo da relação

¹³¹ SACHA CALMON NAVARRO COELHO, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 97.

¹³² *O Imposto...*, *op. cit.*, p. 50-52.

tributária. É, antes disso, um verdadeiro *destinatário constitucional do tributo*, na terminologia precisa de MARÇAL JUSTEN FILHO¹³³.

Nem todos os autores, entretanto, aceitam abertamente o critério pessoal da hipótese (destinatário constitucional), como é o caso de JOSÉ ROBERTO VIEIRA. Esse autor entende que desnecessária a existência de um critério pessoal no suposto, dado que a indicação da pessoalidade já reside no próprio verbo nuclear da hipótese, que deve ser sempre pessoal. Raramente há relevância suficiente que permita elevar essa menção de pessoalidade a critério da hipótese. No dizer de VIEIRA, “*As exceções não estabelecem a regra-matriz de incidência tributária*”¹³⁴.

Todavia, ainda que o critério pessoal da hipótese seja excepcional, entendemos relevante sublinhá-lo com vigor, pois ele será de grande importância na aplicação da regra-matriz constitucional ao tributo ora estudado, na medida em que condiciona de maneira inexorável seu sujeito passivo possível, como veremos mais adiante¹³⁵.

4 REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA: POSICIONAMENTO ADOTADO

Em vista do que expusemos até aqui, adotamos a concepção de PAULO DE BARROS CARVALHO para a norma jurídica tributária. Todavia, aceitamos também o pequeno reparo crítico efetuado por SACHA CALMON NAVARRO COELHO e MARÇAL JUSTEN FILHO, alocando na hipótese também um critério pessoal, um

¹³³ **Sujeição...**, *op. cit.*, p. 260-264. A locução, adaptada ao ordenamento brasileiro, rende homenagem a um texto de HECTOR VILLEGAS, no qual o autor demonstrava a necessidade de se identificar um sujeito alocado na hipótese e que indicasse quem deveria ser, em tese, o sujeito passivo. Trata-se de um critério subjetivo apto a identificar o sujeito passivo mais adequado ao cumprimento da obrigação tributária, pois distingue a pessoa que está relacionada com a riqueza tributável delineada no critério material. Tal critério pessoal, todavia, não é condicionante da relação jurídica, pois o sujeito passivo pode ser diverso daquela pessoa identificada como a mais apta ao cumprimento da obrigação tributária pelo destinatário legal. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de substituição tributária. Assim, há o destinatário legal — e VILLEGAS o denomina legal exatamente porque é a da materialidade descrita na lei que se deduz esse destinatário — e há o sujeito passivo, que pode se identificar ao destinatário ou ser dele diverso, caso em que se estará diante ou de substituição ou de solidariedade tributária. Cf. Destinatário Legal Tributário: Contribuinte e Sujeitos Passivos na Obrigação Tributária, RDP, n. 30, p. 271-294.

¹³⁴ **A Regra...**, *op. cit.*, p. 64.

¹³⁵ Itens 3 e 5 do capítulo VII, respectivamente às p. 166-168 e 172-173.

destinatário constitucional.

Desse modo, compreendemos a estrutura da norma como assim composta:

- (i) antecedente: critério material, critério pessoal, critério temporal e critério pessoal da hipótese (*destinatário constitucional tributário*);
- (ii) conseqüente: critério pessoal — sujeitos passivo e ativo — e critério quantitativo — base de cálculo e alíquota.

5 PERFIL CONSTITUCIONAL E NÚCLEO DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA: UMA EXPLICAÇÃO NECESSÁRIA

O terreno epistemológico coberto neste capítulo refere-se à estrutura da norma e seus critérios componentes. Essa estrutura, quando vista em sua inteireza, é denominada regra-matriz de incidência — neste caso, tributária, visto que se trata de norma dessa índole. Em geral, ao estudo das normas de tributação basta a aplicação da regra-matriz de incidência para que se possa compreender sua inserção dentro do sistema jurídico — o que não significa, sublinhe-se, ignorar o restante da Constituição e do ordenamento.

O tributo que pretendemos estudar, contudo, guarda algumas diferenças em relação à grande maioria das outras exações previstas pela Constituição Federal. De fato, como veremos com maior detalhamento em capítulo ulterior, as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico têm como sua marca indelével a *funcionalidade*. Daí porque o estudo de sua regra-matriz não basta: desvendar-lhes o funcionamento é tarefa maior, que envolve também o estudo da ordem econômica na Constituição.

Cientes, portanto, de que o tributo sob análise é bem mais complexo e envolve considerações muito mais abrangentes do que apenas seu estudo no capítulo tributário, importa-nos referir que, ao pretendemos estudar seu perfil constitucional, precisamos resgatar seus dois pilares fundamentais na Constituição: a finalidade econômica e o núcleo da regra-matriz de incidência¹³⁶.

¹³⁶ Ao qual poderíamos denominar regra-matriz constitucional, diferenciando-a da regra-matriz propriamente dita.

Em outras palavras, identificar o perfil constitucional de um tributo significa mais que descobrir o núcleo de sua regra-matriz de incidência. Significa também empreender análise das normas que dão suporte constitucional à finalidade econômica desse específico tributo.

Pois bem. Se os arquétipos tributários — na expressão de CARRAZZA — estão já espelhados na Constituição Federal, importa observar que essas regras-matrizes pré-ordenadas constitucionalmente são limites máximos colocados ao legislador, o qual, respeitados esses limites, tem plena liberdade para traçar o arquétipo tributário que mais lhe aprouver¹³⁷. E, exatamente porque limites máximos, é que se diz residir na Constituição apenas o núcleo da regra-matriz — ou, como sugerimos, *regra-matriz constitucional* —, que somente se completa com o texto normativo emitido pelo legislador.

Importante ainda esclarecer que, a despeito dessa liberdade legislativa identificada por CARRAZZA, a discricionariedade legiferante que dela advém é extremamente restrita, na medida em que deve respeitar não apenas as específicas determinações traçadas pelo constituinte no capítulo tributário, mas também os objetivos constitucionais impostos ao Estado brasileiro e identificados através de uma leitura sistêmica da Carta Magna, especialmente, frise-se, aqueles constantes do Título I. Daí o *perfil constitucional* que mencionamos: o núcleo da regra-matriz de incidência — regra-matriz constitucional — adicionada aos demais pressupostos constitucionais ordenadores do Estado — com relevância acentuada para os critérios orientadores da intervenção econômica no caso das CIDE's¹³⁸. Este *perfil constitucional* é que, agregado ao texto legislativo infraconstitucional, compõe a regra-matriz de incidência. É como também entende JOSÉ ROBERTO VIEIRA, quando diz não bastar apenas o exame constitucional para delimitar a regra-matriz de incidência: ela se completará com a integração

¹³⁷ ROQUE CARRAZZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 448-450.

¹³⁸ Em sentido semelhante, sublinhando a importância de um exame constitucional sistemático que não se prenda apenas ao campo tributário, cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *O Imposto...*, *op. cit.*, p. 39-40. O autor, no entanto, refere-se a *norma matriz* — terminologia um pouco diversa daquela aqui adotada. Preferimos, para evitar confusões taxinômicas, utilizar a expressão *perfil constitucional*, mais abrangente que a *regra-matriz constitucional* — esta identificável apenas a partir do capítulo tributário da Constituição, representando, pois, uma visão ainda incompleta do instituto sob análise.

das leis complementares e ordinárias, traçando a Constituição apenas parâmetros ou limites máximos¹³⁹. Não discordamos do autor, mas ressaltamos que nosso objetivo é delinear o *perfil constitucional* das exações sob exame, não lhes determinar em detalhes, inclusive com a análise infraconstitucional, a regra-matriz completa. O que se analisará neste trabalho, portanto, é a regra-matriz constitucional das CIDE's adicionada do exame desses outros pressupostos constitucionais, mas prescindindo dos elementos infraconstitucionais — daí não se fazer o exame, diretamente, da regra-matriz de incidência.

A justificativa para tal opção, que certamente resultará em incompletude na compreensão do instituto, deve-se ao seguinte motivo: estudar a regra-matriz de incidência, em toda sua plenitude, levaria à prospecção de várias CIDE's particulares já instituídas, comparando-as com seu perfil constitucional, o que importaria desdobrar esta dissertação em texto muito mais longo e profundo, assemelhando-a a um verdadeiro tratado na matéria.

Examinaremos, pois, apenas os traços tributários mais genéricos das CIDE's, compreendendo que, sob esses traços, uma pluralidade de tributos pode vir a ser instituída, notadamente tomando em conta as finalidades referidas na disciplina econômico-interventiva da Constituição. Esse, portanto, é o perfil constitucional a que nos referimos. Não se trata de toda a regra-matriz de incidência, mas apenas das disposições constitucionais que carregam os pressupostos necessários e suficientes à instituição das CIDE's em nosso ordenamento jurídico.

¹³⁹ **A Regra-matriz...**, *op. cit.*, p. 41-46.

CAPÍTULO III — DIREITO E ECONOMIA: RELAÇÕES INTERDISCIPLINARES

‘Por isso, de ve-se criticar o fato de a formação da Universidade tenha sido sempre formalista, dogmática e conceitualista. Junto à racionalidade dogmática da justiça ideal ou da racionalidade apegada à dogmática, aos conceitos, há que se ter uma aproximação aos conflitos de interesses nos quais se explorem os benefícios (prejuízos) que se obtém para a sociedade de uma decisão ou outra. Não basta saber o que é a pessoa jurídica ou o domínio público, senão também a que fins respondem e a que servem. Com algumas exceções notórias — direito de família, liberdades públicas, direitos humanos, penal e processual — deve afirmar-se que o substancial do Direito, o grosso do Direito, tem conteúdo e conseqüências econômicas, é num sentido amplo direito patrimonial. Pois bem, como pode ser elaborado e formulado à margem da análise econômica?’¹⁴⁰

1 FENÔMENO NORMATIVO *VERSUS* FENÔMENO ECONÔMICO

Direito é norma.

Essa afirmação é, à primeira vista, de cunho aparentemente reducionista, lançando à margem uma série de fenômenos ligados ao Direito. Trata-se, contudo, de uma perspectiva epistemológica que possibilita apanhar o fenômeno jurídico desde dentro, isto é, a partir dos elementos que lhe são mesmo intrínsecos, quais sejam, as normas. Desse modo, ignoramos, é verdade, uma série de outros fenômenos sociais ligados à produção/aplicação do Direito. Fenômenos, todavia, de cunho social ou econômico, que se ligam ao jurídico, mas que não representam o jurídico enquanto opção episte-

¹⁴⁰ GASPAR ARIÑO ORTIZ, **Principios de Derecho Público Económico**: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica, *op. cit.*, p. 20 — tradução livre nossa. No original: ‘Por ello, se deb e criticar el hecho de que la formación de la Universidad ha sido siempre formalista, dogmática y conceptualista. Junto al razonamiento dogmático de la justicia ideal o al razonamiento anclado en la dogmática, en los conceptos, hay que tener un **approach** a los conflictos de intereses en los que se exploren los beneficios (prejuicios) que se obtienen para la sociedad de una decisión u otra. No basta saber qué es la persona jurídica o el dominio público, sino también a qué fines responde y para qué sirve. Con algunas excepciones notorias — derecho de familia, libertades públicas, derechos humanos, penal y procesal — debe afirmarse que el trasfondo de Derecho, el grueso del Derecho, tiene un contenido y unas consecuencias económicas, es en sentido amplio derecho patrimonial. Pues bien, ¿cómo puede elaborarse y formularse al margen del análisis económico?’ [sic]

mológica — ainda que nele se insiram quando captados pela norma e por esse motivo são abarcados pela análise jurídica.

Para compreendermos como isso se dá, voltemos alguns passos em nosso estudo. Dissemos que o Direito é norma, expressa em uma determinada linguagem, formando um sistema aberto, móvel, tendente à unidade e à coerência¹⁴¹. Estudando a estrutura normativa, percebemos que o Direito, através dessas normas, capta eventos da realidade, os quais, expressos em linguagem adequada, são transformados em fatos jurídicos, possibilitando a imputação de uma consequência que, freqüentemente, traduzir-se-á em um comportamento humano. Esse corte epistemológico pelo qual optamos afastaria, à primeira vista, análises sociológicas, econômicas, psicológicas *etc.* do estudo do jurídico, pois a concentração da Ciência do Direito sobre a norma apenas daria vazão a estudos normativos. Daí a identificação de uma possível perspectiva reducionista na tomada do Direito enquanto norma.

Não nos parece, contudo, que assim seja. A crítica que pretende expandir a visão jurídica ao econômico, ao social, ao psicológico *etc.*, não parece suficientemente atenta à teoria normativa para perceber que os fenômenos que pretende buscar fora da norma já se encontram, na verdade, nela insertos. Não que a norma possa abarcar toda a complexidade do real, evidentemente. O que ocorre, todavia, é que a norma, ao captar fatos para o Direito, absorve-os dentro do jurídico. Assim, o fato social torna-se fato jurídico. Do mesmo modo, o fato econômico desdobra-se em fato jurídico¹⁴².

Basta pensarmos em um exemplo singelo para esclarecer a questão. Figuremos, por exemplo, a compra e venda de uma casa. Aparentemente, esse é um fenômeno exclusivamente econômico. Trata-se de uma transação que transferirá um bem de uma pessoa para outra e, em contrapartida, essa outra pessoa receberá uma soma em dinheiro pela entrega do bem à primeira. Até aqui, o fato é econômico, pura e sim-

¹⁴¹ Direito, aqui, assume o sentido de Ciência do Direito. Sobre a abertura, a mobilidade, a unidade e a coerência do sistema jurídico, ver as considerações que feitas a esse respeito no capítulo I, p. 8-33.

¹⁴² Exatamente nesse sentido PONTES DE MIRANDA aponta, com absoluta precisão, que "(...) o direito procede a *esquematização do mundo físico*, afim de o fazer, até certo ponto e dentro de limites precisos, jurídico" — **Tratado...**, *op. cit.*, p. 68.

plesmente¹⁴³.

Há, todavia, normas jurídicas que regulam a compra e venda. Um contrato deverá ser estabelecido entre ambos os sujeitos. Para que a propriedade, outro instituto jurídico, possa ser transferida do vendedor para o comprador, haverá a necessidade de lavrar registro no cartório adequado. Ademais, dependendo da situação em que o imóvel anteriormente se encontrasse, outras situações podem subsistir. Caso, por exemplo, o vendedor não tenha pago os impostos sobre a propriedade devidos, eles poderão, ainda que muito eventualmente, ser imputados ao comprador. E, ainda na relação de compra e venda, se houve ganho patrimonial para o vendedor, deverá haver recolhimento do imposto correspondente. Caso, por fim, o imóvel tenha sido oferecido à penhora para garantia de uma execução contra o vendedor, talvez haja a necessidade de, antes da realização do negócio, efetuar-se a substituição da penhora no processo correspondente.

Portanto, uma situação econômica simples — a compra e venda de um imóvel — pode gerar uma série de diferentes consequências jurídicas, em diversos âmbitos: civil, tributário, processual *etc*¹⁴⁴. Já se vislumbra aqui uma primeira relação entre Economia e Direito: a primeira aloca-se, em princípio, no mundo do *ser*, o segundo no

¹⁴³ Não se quer dizer com isso que o corte econômico seja o único possível na situação descrita, embora ele apareça, de imediato, como o mais evidente. Uma análise sociológica também é possível: a venda da casa poderia representar um fenômeno migratório ligado ao grupo social a que o vendedor pertence. Haverá, ainda, a possibilidade de um estudo psicológico: a venda da casa pode traduzir-se em um fator determinante de alegria ou tristeza, para quem vende ou compra. Fenômenos relacionados à depressão poderiam estar envolvidos na mudança praticada pelo sujeito que vende a casa. Ou, de outro lado, ele poderia sentir-se liberto por estar finalmente mudando certos aspectos de sua vida pessoal. Do mesmo modo, ainda outros diferentes cortes epistêmicos são possíveis. O que queremos sublinhar, em última análise, é que os recortes jurídico e econômico não são únicos, não são absolutos e, certamente, não permitem apreender toda a realidade. Contudo, apresentam maior relevo em nossa particular escolha epistêmica, e por esse motivo trataremos aqui exclusivamente deles e de sua inter-relação.

¹⁴⁴ É o que PONTES DE MIRANDA denomina *múltipla incidência*. Ele observa com argúcia que ‘*O mesmo fato ou complexo de fatos pode ser suporte fático de mais de uma regra jurídica. Então, as regras jurídicas incidem e fazem-no fato jurídico de cada uma delas, com a sua respectiva irradiação de eficácia. No mundo jurídico, ele é múltiplo; entrou, ou reentrou por várias aberturas, levado por diferentes regras jurídicas, sem deixar de ser, fora desse mundo, ou nele mesmo, inicialmente, um só. Nada impede que o mesmo fato seja suporte fático de regras de direito civil, de direito penal, de direito processual, de direito constitucional ou de direito das gentes*’ — **Tratado...**, *op. cit.*, p. 74.

mundo do *dever ser*¹⁴⁵. O Direito ‘lê’ a Economia com suas próprias lentes, transformando o fato econômico, ainda evento jurídico, em fato jurídico ao aplicar-lhe a linguagem adequada¹⁴⁶.

A relação entre ambas as ciências não é, contudo, assim tão simples. Como revela ARIÑO ORTIZ, em brevíssimo histórico sobre a relação direito/economia, o que existia até fins do século XVII era uma *ordenação moral da economia*, sendo o trabalho considerado apenas instrumento para a satisfação das necessidades primárias. O Direito, a seu turno, ocupava-se somente de uma conduta compatível com a moral e a justiça, passando ao largo dos efeitos econômicos¹⁴⁷. Em um segundo momento, com o evoluir histórico, os séculos XVIII e XIX viram o surgimento da noção de uma *ordenação natural da economia*, o que veio a resultar em um ordenamento jurídico cuja preocupação central era a liberdade, de modo que essa ordenação natural da economia não fosse perturbada. É a época do nascimento das teses liberalistas voltadas à acumulação da riqueza e, sobretudo, do domínio epistêmico da *mão invisível* concebida por ADAM SMITH: em perspectiva utilitarista, a obtenção do bem-estar social decorre diretamente da obtenção/maximização da riqueza individual. O Direito, pois, abandona a ética e passa a ser orientado como apenas um instrumento do bem-estar econômico¹⁴⁸. ARIÑO ORTIZ resume com precisão a passagem do Direito a um instrumento do bem-estar econômico:

¹⁴⁵ Dizemos *em princípio* porque a relação não é assim tão simples, como veremos logo na sequência. A respeito, GASPAR ARIÑO ORTIZ chama a atenção para esse mesmo fenômeno: ‘A economia seria a ciência do ‘ser’ e o Direito, a ciência do ‘dever ser’’. Mas relativiza: ‘(...) essa distinção implica uma excessiva simplificação’ — **Princípios...**, *op. cit.*, p. 1 — tradução livre nossa. No original: ‘La economía sería la ciencia del ‘ser’ y el Derecho, la ciencia del ‘deber ser’. (...) e sta distinción conlleva una excesiva simplificación.’

¹⁴⁶ Por isso, EGON BOCKMANN MOREIRA afirma que ‘(...) a visão puramente jurídica não ignora a concepção econômica, mas a aborda sob um outro ângulo: o Direito é essencialmente um sistema autopoiético, que se auto-refere e constrói os seus conceitos. Como que numa atribuição excludente, o Direito propõe e positiva os termos específicos ao seu universo: as normas jurídicas. A hermenêutica jurídica interpreta o Direito posto na tentativa de harmonizar internamente o seu próprio sistema: os atos e fatos jurídicos têm a sua existência, validade, perfeição e eficácia oriundas da norma jurídica’ [sic] — **O Direito Administrativo Contemporâneo e suas Relações com a Economia**, p. 80-81.

¹⁴⁷ **Princípios...**, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 2-3.

Dessa forma, na evolução histórica da relação entre Direito e Economia, observa-se que o Direito patrimonial é, em um primeiro momento, o resultado do pensamento teológico (“orden moral”) e depois — ainda que sem perder de todo aquela herança — o resultado do pensamento econômico (“orden natural”). Mais tarde, o materialismo histórico, de MARX, daria um passo mais, ao afirmar que o *Direito é uma superestrutura*, um subproduto da economia. Contudo, essa afirmação é um simplismo: pode aplicar-se, com matizes, ao direito patrimonial, mas nunca a outros ramos do Direito como ao Direito de família ou aos *direitos fundamentais*. É óbvio, ademais, que os aspectos econômicos (a criação de riqueza) a que serve o Direito patrimonial não é um fim em si mesmo, mas uma parte da felicidade humana, que depende de outros valores superiores do homem: liberdade, justiça, igualdade, solidariedade, humanidade¹⁴⁹.

Já se percebe, por esse breve resumo, retirado de ARIÑO ORTIZ, a complexidade do inter-relacionamento entre Direito e Economia, que traduz, na leitura de E-GON BOCKMANN MOREIRA, linguagens e leituras dessemelhantes¹⁵⁰. Porém, acrescentaríamos, complementares: a visão conjunta é muito útil para uma melhor compreensão da realidade fática a ser regulada pelo Direito. As duas disciplinas, de fato, mantêm uma correlação muito estreita de influências, em um interminável jogo de forças entre poder econômico e poder jurídico¹⁵¹.

Para GASPAR ARIÑO ORTIZ, as duas “(...) manifestações fundamentais da

¹⁴⁹ **Principios...**, *op. cit.*, p. 4 — tradução livre nossa. No original: ‘De esta forma, en la evolución histórica de la relación entre Derecho y Economía se observa que el Derecho patrimonial es, en un primer momento, el resultado del pensamiento teológico (‘orden moral’) y después — aunque sin perder del todo aquella herencia — el resultado del pensamiento económico (‘orden natural’). Más tarde, el materialismo histórico, de MARX, daría un paso más, al afirmar que el **Derecho es una superestructura**, un subproducto de la economía. Sin embargo, esta afirmación es un simplismo: puede aplicarse, con matices, al Derecho patrimonial, pero nunca en otras ramas del Derecho como el Derecho de familia o los derechos fundamentales. Es obvio, además, que los aspectos económicos (la creación de riqueza) a los que sirve el Derecho patrimonial no son un fin en sí mismo, sino una parte de la felicidad humana, que depende de otros valores superiores del hombre: libertad, justicia, igualdad, solidaridad, humanidad.’

¹⁵⁰ **O Direito...**, *op. cit.*, p. 78-80. Para um histórico mais completo, cf. GEORGES RIPERT, **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**, p. 9-57; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, **Direito Público Econômico**, p. 17-62; VITAL MOREIRA, **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**, p. 17-52; GIAMPIERO DI PLINIO, **Diritto Pubblico dell’Economia**, p. 6-105.

¹⁵¹ Por isso anota, com percuciência, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR: ‘O complicado problema a resolver está em que, neste mundo de aparência e abstração, o jurídico e o econômico se interpenetram continuamente, no complexo das relações sociais, sem fronteiras nem limites [sic]’ — Introdução, in FÁBIO NUSDEO, **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**, p. 9. E já em estudo pioneiro, observava FÁBIO KONDER COMPARATO: ‘O Direito deixa -se assim penetrar de conteúdo econômico, ao mesmo tempo em que a Economia torna-se sempre mais administrativa ou regulamentada, isto é, jurídica’ [sic] — O Indispensável Direito Econômico, in **Revista dos Tribunais**, v. 353, p. 17.

relação entre Direito e Economia” são (i) a configuração do sistema econômico efetivada pelo Direito, e (ii) a interpretação jurídica que deve ser inspirada e fundamentada por uma análise econômica¹⁵². Esclarece o jurista espanhol:

Em resumo, a relação entre Economia e Direito pode expressar-se inicialmente nos seguintes termos:

— A *Economia* tem suas leis, que são bastante autônomas e inexoráveis, em busca da eficiência produtiva, mas uma aplicação incondicionada das mesmas pode deixar muitas pessoas pelo caminho. As leis econômicas são leis de produção e talvez consigam maximizá-la, mas não atendem à distribuição do produzido.

— O *Direito*, isto é, os direitos fundamentais (art. 15 *et seq.* da Constituição Espanhola¹⁵³) e os demais princípios retores da política social (art. 39 *et seq.* da CE¹⁵⁴) impõem determinados parâmetros com base em valores, princípios de justiça e humanidade, que a ordem econômica não pode violentar. Por isso — porque a economia está a serviço do homem — o Direito, enquanto pauta, normas e princípios nos quais se cristalizam os valores humanos, deve configurar o sistema econômico¹⁵⁵.

Vejamos, pois, como se traduz a relação Economia/Direito por via dessas duas manifestações.

2 A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DO ECONÔMICO

O Direito regula as estruturas vitais da sociedade, permeia todos os comportamentos humanos, disciplinando-os e conformando-os. O mundo em que vivemos, já o dissemos, é um mundo normativo. Como no insólito conto de ITALO CALVINO,

¹⁵² **Principios...**, *op. cit.*, p. 5 — tradução livre nossa. No original: ‘(...) manifestaciones fundamentales de la relación entre Derecho y Economía’.

¹⁵³ No Brasil, art. 5º da Constituição Federal.

¹⁵⁴ No Brasil, arts. 170 *et seq.* e arts. 193 *et seq.* da Constituição Federal.

¹⁵⁵ **Principios...**, *op. cit.*, p. 4-5 — tradução livre nossa. No original: ‘En resumen, la relación entre Economía y Derecho puede expresarse inicialmente en los siguientes términos:

— La **Economía** tiene sus leyes, que son bastante autónomas e inexorables, en busca de la eficiencia productiva, pero una aplicación incondicionada de las mismas, puede dejar a muchas personas por el camino. Las leyes económicas son leyes de producción y quizás consiguen maximizar ésta, pero no atienden a la distribución de lo producido.

— El **Derecho**, esto es, los derechos fundamentales (art. 15 y sigs. de la Constitución Española) y los demás principios rectores de la política social (art. 39 y sigs. CE), imponen determinados parámetros en base a valores, principios de justicia y humanidad, que el orden económico no puede violentar. Por ello — porque la economía está al servicio del hombre — el Derecho, en cuanto pauta, normas y principios en los que cristalizan los valores humanos, debe configurar el sistema económico.”

estamos condenados a ser conformados pela norma, sem dela termos a possibilidade de escapar, nem mesmo em nossos esquemas mentais¹⁵⁶. Também a economia é assim: as regras a atingem e a influenciam em sua totalidade, ainda que dessa influência não se dêem conta os agentes econômicos.

A economia de um país, efetivamente, precisa de toda uma estrutura para que possa funcionar perfeitamente — ou, antes, para funcionar, ainda que longe da perfeição. Essa estrutura é fornecida pelas instituições jurídicas: não se resume ao Estado ou aos órgãos que promovem o funcionamento estatal, mas vai além, abarcando as figuras jurídicas que integram nosso mundo normado, tais como os contratos, os institutos da reparação de danos, das obrigações patrimoniais regradas pelo Direito, do sistema tributário, financeiro *etc.* Há todo um leque de instituições jurídicas, de normas, de estruturas, que fornece o pano de fundo para a operacionalização da economia. Chega a ser intuitiva a necessidade dessa estrutura para a obtenção de uma *ordem econômica*¹⁵⁷.

O Direito, portanto, configura o sistema econômico, juridiciza as “leis” econômicas e, por isso, forma o substrato do econômico¹⁵⁸. Daí a crítica precisa de GIAMPIERO DI PLINIO a um certo pensamento que coloca o Estado como mero refém da economia e dos movimentos de mercado¹⁵⁹. Antes, em perspectiva marxista, é pre-

¹⁵⁶ No pequeno conto intitulado “O Raio”, o escritor italiano ITALO CALVINO descreve a seguinte situação: o narrador-personagem, certa feita, quando se encontrava em um cruzamento, dá-se conta de que vive em mundo muito estranho, no qual há regras para tudo: andar, vestir-se, atravessar a rua *etc.* Esse súbito raio de clarividência que lhe atinge a consciência deixa-o atônito e, ao mesmo tempo, liberto, de modo que ele tenta chamar a atenção das pessoas para o que se passa. Mas o instante se esvai e ele nunca mais volta a ter a consciência do insólito como naquele momento, embora a esperança o acompanhe durante o restante de sua vida. Essa breve narrativa certamente serve para chamar nossa atenção para o mundo normado em que vivemos, sejam essas normas consuetudinárias ou juridicamente postas pelo Estado. E, ainda mais, nossa mente é absolutamente conformada por tais normas, de modo que não conseguimos vislumbrar um esquema mental diferente. Cf. ITALO CALVINO, *O Raio*, in **Um General na Biblioteca**, p. 16-17.

¹⁵⁷ A *ordem econômica* aqui referida respeita ao mundo do ser. Para melhor compreensão das diferenças entre ordem econômica/mundo do ser e ordem econômica/mundo do dever ser, v. capítulo IV, no qual a temática será enfocada.

¹⁵⁸ Mais uma vez, ao mencionarmos o *sistema econômico*, a referência é ao mundo do ser.

¹⁵⁹ A racionalidade assim criticada é resumida por GIAMPIERO DI PLINIO nas seguintes palavras: “(...) o governo, como Ulisses, é atraído pelo canto das sereias, deixa-se transportar pelas ‘razões do coração’ e distribui hoje o que ainda não foi produzido, e crê que uma taxa ou uma autorização possam prevalecer sobre as leis da economia” — **Diritto...**, *op. cit.*, p. 1 — tradução livre nossa. No original: “Il governo, come Ulisse è attratto dal canto delle sirene, si lascia trasportare dalle ‘ragioni del cuore’ e distribuisce oggi ciò che non è ancora stato prodotto, e crede che una tassa o

ciso situar historicamente as instituições jurídicas e econômicas:

A relação entre direito e economia vive em um contexto histórica e materialmente determinado, que inelutavelmente a circunscreve. A periodização do ciclo histórico é vital para evidenciar e compreender as grandes correntes dos fenômenos jurídicos, compreendidas como os princípios sistemáticos, incontroversos, que constituem os condicionamentos postos ao voluntarismo e à política, e que se reconfiguram como estruturas fundamentais e portadoras da ossatura dos ordenamentos jurídicos¹⁶⁰.

Isso quer dizer que o Direito determina, historicamente, quais são as estruturas configuradoras da realidade estatal e das inter-relações entre as pessoas. Essa é a base sobre a qual o molde econômico se desenvolverá. As instituições, o Estado, em suma, são essenciais para a existência da vida econômica estruturada em torno de um mercado. Acompanhemos o raciocínio de ARIÑO ORTIZ sobre o tema:

Não há eficiência econômica possível sem instituições fortes e estáveis. A melhor economia exige segurança jurídica nas instituições estatais (tribunais, Administração, forças de ordem pública, sistema de garantias e publicidade dos direitos, entes reguladores *etc.*), tudo isso que os economistas denominam “metamercado”. Esse marco institucional estatal é um fator e essencial para a criação de riqueza. Sem Estado, não há mercado. E assim, economia e justiça se implicam e reforçam¹⁶¹.

Isso quer dizer que a relação Direito/Economia é historicamente determinada, mas não apenas: não há uma simples derivação mecânica entre um e outro dos campos. Há, de outro lado, uma implicação recíproca, como um jogo de forças que vai, no decorrer do tempo, formando as determinações históricas e por elas sendo formado.

una autorizzazione possano prevalere sulle leggi dell'economia.”

¹⁶⁰ GIAMPIERO DI PLINIO, **Diritto...**, *op. cit.*, p. 7-8 — tradução livre nossa. No original: *‘Il rapporto tra diritto ed economia vive in un contesto storicamente e materialmente determinato, che inelutabilmente lo circoscrive. La periodizzazione del ciclo storico è vitale per evidenziare e comprendere le grandi correnti dei fenomeni giuridici, intese come i principi sistematici, incontrovertibili, che costituiscono i condizionamenti posti al volontarismo e alla politica, e che si riconfigurano come strutture fondamentali e portanti della ossatura degli ordinamenti giuridici.’*

¹⁶¹ **Principios...**, *op. cit.*, p. 5 — tradução livre nossa. No original: *‘No hay eficiencia económica posible sin instituciones fuertes y estables. La mejor economía exige seguridad jurídica en las instituciones estatales (tribunales, Administración, fuerzas de orden público, sistema de garantías y publicidad de los derechos, entes reguladores, etc.), todo eso que los economistas denominan ‘meta-mercado’. Este marco institucional estatal es un factor esencial para la creación de riqueza. Sin Estado, no hay mercado. Y así, economía y justicia se implican y refuerzan.’*

Cada localidade e cada tempo histórico terá um direito e uma economia próprios e únicos. Por isso não se pode falar *no direito*, mas *nos direitos*, assim como não se pode falar *na economia*, mas *nas economias*¹⁶². Como produtos culturais que são, cada realidade histórico-geográfica tem sua combinação própria e única de Economia e Direito, que se criam e reforçam mutuamente.

Aceitamos, pois, a premissa histórica formadora tanto do Direito quanto da Economia, mas não vamos tão longe quanto GIAMPIERO DI PLINIO a ponto de admitir que ao Direito resta apenas um espaço muito limitado para a ação, pois “(...) *a imposição de vínculos jurídicos à economia tem sempre, como limite intransponível, a existência mesma do sistema econômico e a necessidade de reprodução de seus ciclos de desenvolvimento segundo as várias formas históricas*”. Assim, para o autor, “(...) *uma diversa hipótese é só um exercício de pensamento, uma ingênua fantasia, porque se se pudesse realmente obrigar a economia ou uma sua fração em direção a um percurso incompatível com as matrizes íntimas do sistema, isso seria irremediavelmente bloqueado*”¹⁶³.

Discordamos da formulação assim posta por GIAMPIERO DI PLINIO, pois o sistema jurídico não pode ser limitado pela economia. É certo, já o dissemos, que fatores históricos configuram tanto a economia quanto o próprio sistema jurídico, mas admitir que a economia forneça o limite externo ao jurídico e que este só possa atuar

¹⁶² É esse o sentido assumido por EROS ROBERTO GRAU quando menciona *o direito e os direitos*. Para ele, “(...) *não existe, concretamente, o direito; apenas existem, concretamente, os direitos*” — **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, p. 19. Consetâneo com essa idéia é GIAMPIERO DI PLINIO: “(...) *não existe então o direito como ciência humana granítica e imutável no tempo, mas existem os direitos, compreendidos como sistemas jurídicos historicizados, cada um dos quais traz a sua legitimação, a sua configuração, a sua coerência interna, a sua própria razão de existência em uma particular sistematização da sociedade e da economia*” — **Diritto...**, op. cit., p. 8 — tradução livre nossa. No original: “(...) *non esi ste allora il diritto come scienza umana granitica e immutabile nel tempo, ma esistono i diritti, intesi come sistemi giuridici storicizzati, ciascuno dei quali trae la sua legittimazione, la sua configurazione, la sua coerenza interna, la sua stessa ragione di esistenza da un particolare assetto della società e dell'economia.*”

¹⁶³ **Diritto...**, op. cit., p. 9-10 — tradução livre nossa. No original: “(...) *l'imposizione di vincoli giuridici alla economia ha sempre, come limite invalicabile, la esistenza stessa del sistema economico e la necessità della riproduzione dei suoi cicli di sviluppo secondo le varie forme storiche; una diversa ipotesi è solo una esercitazione di pensiero, una ingenua fantasticheria, perché se si potesse davvero obbligare l'economia o una sua frazione verso un percorso incompatibile con le matrici intime del sistema, questo sarebbe irrimediabilmente bloccato.*”

desde que não contrarie a realidade imposta pela economia é admitir a mais total e absoluta inocuidade do Direito perante a Economia. A Constituição — e o próprio sistema — deixariam de ter a força normativa que lhes é característica, passando a ser mero reflexo da força dos canhões, dos fatores reais de poder¹⁶⁴. Deixaríamos de ter uma Constituição e passaríamos a ser regidos por uma mera folha de papel. Fosse esse o caso e não apenas o Direito Econômico perderia seu sentido: o sistema jurídico seria uma farsa destinada a acobertar as grandes transações comerciais.

Entendemos, pois, que o Direito tem papel efetivamente determinante no sistema econômico que lhe é correspondente — a cada direito, como esclarecido, corresponde uma economia. Tal harmonia assim descrita, contudo, nem sempre é lograda na realidade, e essa é a maior dificuldade e o maior desafio que se impõe ao jurista moderno que trate do Direito Econômico. Com GASPAR ARIÑO ORTIZ *‘Poderíamos dizer que cada sistema econômico reclama seu próprio ordenamento jurídico, seu próprio Direito econômico, mas nem sempre o tem’*¹⁶⁵. Uma variedade de diferentes fatores certamente contribui para tal fato, mas um dos mais importantes é a radicalidade epistêmica que separa ambas as disciplinas em compartimentos estanques, não permitindo uma área de diálogo comum. ORTIZ, com razão, denuncia que *‘(...) a falta de diálogo, de linguagem comum entre juristas e economistas é evidente’*¹⁶⁶.

3 LAW & ECONOMICS: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A Análise Econômica do Direito (AED), conhecida nos países anglo-saxônicos pela expressão *law & economics*, como definida por PEDRO MERCADO PACHECO, *‘(...) é a aplicação da teoria econômica na explicação do direito. Mais concretamente, é a aplicação das categorias e instrumentos teóricos da teoria microeconômica*

¹⁶⁴ KONRAD HESSE, **A Força...**, *op. cit.*, *passim*. FERDINAND LASSALE, **O que é uma Constituição?**, *passim*.

¹⁶⁵ **Princípios...**, *op. cit.*, p. 8 — tradução livre nossa. No original: *‘Podríamos decir que cada sistema económico reclama su propio orden jurídico, su propio Derecho económico, pero no siempre lo tiene.’*

¹⁶⁶ *Id.* — tradução livre nossa. No original: *‘(...) la falta de diálogo, de lenguaje común entre juristas y economistas es evidente.’*

neoclássica em geral e de um de seus ramos desenvolvido neste século [XX], a Economia do Bem-estar, em particular, na explicação e avaliação das instituições e realidades jurídicas”¹⁶⁷.

Portanto, isso significa que a AED implica um tipo bastante específico de análise do Direito, que se utiliza do ferramental da Ciência Econômica para compreender tanto o Direito quanto os institutos jurídicos. Trata-se de uma racionalidade econômica do Direito, que pretende descobrir e desdobrar os custos e as ineficiências geradas no sistema econômico pela aplicação das normas jurídicas. Pode-se mesmo dizer que, para realizar a AED, o hermeneuta mune-se de uma lente analítica econômica, filtrando a realidade jurídica através daquelas ferramentas que são próprias à utilização da Economia. Em outras palavras, a racionalidade propriamente jurídica é perdida em prol de uma racionalidade que é econômica, e a norma transforma-se em objeto econômico, na medida em que passa a gerar custo ou eficiência¹⁶⁸.

¹⁶⁷ **El Análisis Económico del Derecho:** Una Reconstrucción Teórica, p. 27 [esclarecemos nos colchetes] — tradução livre nossa. No original: “(...) *es la aplicación de la teoría económica en la explicación del derecho. Más en concreto, es la aplicación de las categorías e instrumentos teóricos de la teoría microeconómica neoclásica en general y de una de sus ramas desarrolladas en este siglo, la Economía del Bienestar, en particular, en la explicación y evaluación de las instituciones y realidades jurídicas.*”

¹⁶⁸ PEDRO MERCADO PACHECO explica o fenômeno com clareza: “O que a AED faz é estabelecer o direito como objeto de estudo desde o ponto de vista econômico. Isso implica, em primeiro lugar, que a interpretação e avaliação de uma norma se realizam desde os pressupostos da teoria econômica; e em segundo lugar, significa que a racionalidade de que se dota as normas e o sistema jurídico em seu conjunto é uma racionalidade de tipo econômico, o que produz uma reformulação do direito de acordo com esse modelo de racionalidade.

Essa reformulação econômica do direito significa colocar no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do direito, o do custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins ou o das conseqüências econômicas das intervenções jurídicas. Esta reformulação realiza-se mediante a aplicação no estudo dos diversos setores do ordenamento jurídico de uma metodologia ou enfoque econômico que pertence à peculiar forma de trabalhar do economista” — Ibid., p. 35 — tradução livre nossa. No original: “El AED lo que hace es establecer el derecho como objeto de estudio desde el punto de vista económico. Esto implica, en primer lugar, que la interpretación y evaluación de una norma se realizan desde los presupuestos de la teoría económica; y en segundo lugar, significa que la racionalidad de la que se dota a las normas y al sistema jurídico en su conjunto es una racionalidad de tipo económico, lo que produce una reformulación del derecho acorde con ese modelo de racionalidad.

Esta reformulación económica del derecho significa colocar en el centro de los estudios jurídicos los problemas relativos a la eficiencia del derecho, el del coste de los instrumentos jurídicos en la persecución de sus fines o el de las consecuencias económicas de las intervenciones jurídicas. Este replanteamiento se realiza mediante la aplicación en el estudio de los diversos sectores del ordenamiento jurídico de una metodología o enfoque económico que pertenece a la peculiar forma de

Claro está que esse tipo de leitura do ordenamento jurídico não é, propriamente, jurídica. Isso impõe uma forte mudança paradigmática no pensamento do jurista, que passa a ser um pensamento voltado à economia e à obtenção de eficiência econômica por via das normas jurídicas. A mudança de racionalidade assim imposta é radical, como bem identifica ARIÑO ORTIZ:

Em que pese sua necessidade, essa análise econômica do marco legal choca-se com a mentalidade jurídica tradicional, incluindo a formação universitária. Por isso, deve-se assinalar, nesse ponto da exposição, que os juristas, especialmente aqueles dedicados ao Direito Público, incluindo os Juizes, deveríamos tender a pensar de uma forma mais analítico-econômica. Trata-se de tomar em consideração os grandes conflitos de interesses que se produzem na vida social, não só desde uma perspectiva principiológica, a que tão acostumados estamos os juristas tradicionais, senão conseqüencial: quais são as conseqüências — econômicas e sociais — que produzem as decisões jurídicas, legislativas ou judiciais?¹⁶⁹

Reconhecemos, pois, a importância capital da AED e, sobretudo, da mudança paradigmática que deve ser efetuada no raciocínio jurídico. Nada disso quer dizer, no entanto, que as análises se devam prender apenas ao econômico. Ao contrário, também o jurídico desempenha papel fundamental ou, como dissemos, teríamos a expressão de um sistema inútil, mera folha de papel.

Com essa observação clara em mente, e debruçando-nos, assim, sobre as possíveis combinações de colaboração jurídico-econômica, identificamos três distintos níveis. Em um primeiro plano, o economista é apenas um técnico que utiliza seus conhecimentos para explicar certas categorias econômicas a que se remete a norma e que são desconhecidas do jurista. Esse é um plano meramente informativo, sem qualquer influência maior sobre o fazer jurídico.

Em um segundo plano a colaboração já é mais profunda. Nesses casos, tratan-

trabajar del economista.”

¹⁶⁹ **Principios...**, *op. cit.*, p. 20 — tradução livre nossa. No original: *‘Pese a su necesidad, este análisis económico del marco legal choca con la mentalidad jurídica tradicional, incluyendo la formación universitaria. Por ello, se debe señalar, en este punto de la exposición, que los juristas, especialmente aquellos dedicados al Derecho Público, incluyendo los Jueces, deberíamos tender a pensar de una forma más analítico-económica. Se trata de tomar en consideración los grandes conflictos de intereses que se producen en la vida social, no sólo desde una perspectiva principialista, a la que tan acostumbrados estamos los juristas tradicionales, sino conseqüencial: ¿cuáles son las conseqüencias — económicas y sociales — que producen las decisiones jurídicas, legislativas o judiciales?’*”

do-se de problema já de natureza econômica a que se remete a finalidade da norma jurídica, é imprescindível a presença de um profissional da economia para determinar quais as finalidades pretendidas pela norma e quais aquelas que foram ou não alcançadas¹⁷⁰. Essa análise é fundamental para a determinação de certas regulações jurídicas ou para a análise de casos de supostas violações concorrenciais, matéria de todo econômica.

Finalmente, no terceiro nível, já não há mais colaboração. O economista toma-se por jurista, e interpreta o sistema já não para atingir os fins previstos pela norma, mas para obter as finalidades inerentes à eficiência econômica, ignorando outros componentes jurídico-principiológicos que possam fazer parte da exegese. Esse é o típico trabalho realizado pelos cultores da AED, que introduzem uma racionalidade econômica no jurídico, sobrepondo-a à própria racionalidade originária do Direito. Por isso, nas palavras de PEDRO MERCADO PACHCO,

(...) a AED deduz que se uma norma ou instituição jurídica traduz uma norma econômica, se a *ratio* de todo o conflito jurídico é, em última instância, econômica, não há obstáculo para que problemas similares sejam estudados e avaliados de forma distinta por ciências separadas. Se todo problema jurídico pode ser “traduzido” em termos econômicos, a habilitação da teoria econômica para a explicação do sistema jurídico é quase automática¹⁷¹.

4 O FENÔMENO ECONÔMICO NORMATIVAMENTE RELEVANTE

Não se pode, contudo, reduzir a hermenêutica jurídica a uma avaliação eco-

¹⁷⁰ O grande problema na determinação de quais as finalidades foram ou não alcançadas pela norma é a falta de critérios para essa avaliação. Se o exame pode ser feito por um economista, dificilmente o será por um jurista, que não possui as ferramentas adequadas para tanto. Muitos diriam, mesmo, que esses resultados não podem ser avaliados, pois estão no plano da eficácia social da norma, que não condiciona sua validade. Mas resta o dilema: e quando a exigência de cumprimento da finalidade for condicionante de validade da norma? Talvez, nesses casos, seja importante que a própria norma, ao estabelecer a finalidade a ser cumprida, fixe, em critérios normativos, qual o mínimo de cumprimento esperado para sua validade. Sem isso, o jurista estaria desarmado para atuar.

¹⁷¹ **El Análisis...**, *op. cit.*, p. 36 — Tradução livre nossa. No original: ‘(...) *el AED deduce que si toda norma o institución jurídica traducen una norma económica, si la ratio de todo conflicto jurídico es, en última instancia, económica, no hay obstáculo para que problemas similares sean estudiados y evaluados de forma distinta por ciencias separadas. Si todo problema jurídico puede ser ‘traducido’ a términos económicos, la habilitación de la teoría económica para la explicación del sistema jurídico es casi automática.*’

nômica. A ferramenta, certamente, é fundamental e deve ser usada. Aliás, como lamenta ARIÑO ORTIZ, é uma pena que as faculdades de Direito — as tradicionais, ao menos — não tenham cadeiras em seus cursos que permitam aos acadêmicos conhecer mais de perto as realidades econômicas e as análises econômicas. A hermenêutica jurídica certamente sairia fortalecida, mormente em um sistema aberto e móvel de regras e princípios¹⁷².

Todavia, como dissemos, a AED não pode ser a única forma de análise normativa. Sequer deve, mesmo, ser a principal. É uma ferramenta auxiliar poderosa, que funciona à perfeição quando bem utilizada, notadamente fornecendo dados importantes ao jurista quando ele for interpretar/aplicar a norma. No dizer de MARÇAL JUSTEN FILHO, *“A idéia de Direito é necessariamente vinculada à vida social, pois sua função é ordenar normativamente a conduta em interferência subjetiva”*¹⁷³. E fazendo parte, a Economia, da vida social, não pode ser ignorada. Especialmente no referente às normas produzidas para intervir na ordem econômica.

Ora, havendo uma intervenção na economia e pretendendo o Direito promover uma modificação na realidade social, não é possível deixar de lado a AED. É nítido que o Direito se presta à promoção das políticas públicas necessárias ao bem-estar social, incluindo políticas de cunho econômico. Contudo, como dissemos e pretendemos repisar ainda uma vez, a interpretação econômica não pode submeter a jurídica¹⁷⁴. Os campos são distintos e as análises também, como já dissemos, mas são complementares. O Direito, ainda que possa ser interpretado com auxílio da Ciência Econômica naquilo em que ela o interpenetrar, será sempre lido como um universo normativo,

¹⁷² **Princípios...**, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷³ **O Imposto...**, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁴ Nesse sentido EGON BOCKMANN MOREIRA: *“A análise jurídica das teorias e fenômenos econômicos objeto de prescrições normativas tem como ponto de partida o Direito já positivado e a finalidade visada pela norma jurídica, interpretada como unidade incidível de um sistema harmônico (e não a administração de recursos escassos ou as teorias que a expliquem e a incrementam)”* — **O Direito...**, *op. cit.*, p. 81. E mais adiante: *“(...) a integração transparente aprimora ambas as disciplinas e não implica subjugar uma à outra, nem tampouco alterar/contaminar os respectivos pressupostos de cognição (ou paradigmas). Mas isso não significa consagrar que a atividade hermenêutica seja destinada a implementar as teorias econômicas. A leitura das normas jurídicas não é ancilar à Ciência Econômica a elas porventura subjacente. Para o jurista, não é só a economia que interpreta o Direito (dizendo o que está contido nesta ou naquela norma)”* — *Ibid.*, p. 83-84.

conquanto a exegese busque auxílio no econômico sempre que ele, colhido pela norma jurídica, seja trazido para dentro do sistema jurídico — sempre que houver fenômenos econômicos que sejam *juridicamente relevantes*, participando da ordenação normativa. É a lição clara de EGON BOCKMANN MOREIRA:

O jurista que pretendesse ignorar essas realidades estaria destinado a interpretar as normas sem se aperceber do porquê de sua existência (e mesmo seu sentido, conteúdo e alcance). Significaria apreender um outro mundo, ainda diverso daquele do ser e do dever-ser: um mundo interno à própria alternativa individual de cognição excludente adotada pelo intérprete. Ao excluir peremptoriamente a economia de seu universo hermenêutico, o jurista criaria o seu mundo peculiar e exclusivo, recheado de normas jurídicas para as quais a economia não existe (ou não gera quaisquer efeitos)¹⁷⁵.

Procedendo à exclusão de uma análise econômica, voltada à *praxis* jurídica, o hermeneuta corre o sério risco de amputar grande parte do Direito que tem por objeto normas de conteúdo e reflexos econômicos. O trabalho do jurista, é evidente, concentra-se na norma. A norma, contudo, é bastante mais rica do que uma mera imputação lógica: ela tem um conteúdo que não pode ser ignorado pelo jurista, sob pena de criar-se uma visão míope da realidade. A névoa que assim embaçaria a exegese apenas contribuiria para a maior confusão e dificuldade na obtenção concreta dos valores em torno dos quais o sistema jurídico é construído. O alerta é de FÁBIO KONDER COMPARATO:

Pode-se dizer hoje em dia que fugindo não só ao esplêndido idealismo das doutrinas puras do direito, como ao desprezo sistemático pelas categorias jurídicas formais manifestado pelos práticos, a cultura jurídica tende a encaminhar-se no sentido de uma compreensão global do mundo do Direito: não só o estudo das relações jurídicas segundo o aspecto formal, mas também a análise de sua evolução histórica e de sua utilidade funcional. É evidente que o direito real, o contrato ou a obrigação delitual são categorias que subsistem malgrado a diferença de sistemas econômicos e de regimes políticos; e o jurista, por ser justamente jurista, tem por missão definir tais categorias, integrá-las num sistema e aprimorar-lhes a expressão formal. Mas isto não significa que sua tarefa se esgote neste trabalho de pura análise e classificação, como se sua ciência fôsse comparável à botânica ou à matemática. Cumpre-lhe também não perder de vista o aspecto funcional ou técnico que apresenta tôda e qualquer instituição jurídica na vida social; do jurista também se exige a capacidade de escolher e de aprimorar as instituições existentes, ou de criar outras novas, em função de objetivos que lhe são propostos pelas necessidades da vida quotidiana [*sic*]¹⁷⁶.

¹⁷⁵ **O Direito...**, *op. cit.*, p. 85.

¹⁷⁶ **O Indispensável...**, *op. cit.*, p. 25.

Assim, deixamos consignado que é preciso que o jurista tenha plena consciência da leitura econômica, pois ela faz parte da hermenêutica jurídica, já que colhida pelo Direito em sua normatividade. Não defendemos aqui, queremos deixar claro, um determinismo do econômico por sobre o jurídico. Diversamente, defendemos que uma vez que a norma jurídica capte fenômenos econômicos, a leitura econômica passa a fazer parte da hermenêutica. A interpenetração dá-se naquele segundo nível da AED que apontamos anteriormente: quando a finalidade econômica faz parte da norma, é indispensável a presença de um profissional da área da economia para que a exegese normativa possa chegar a bom termo, o que não implica, repetimos ainda uma vez, domínio do econômico sobre o jurídico. As leituras não são sobrepostas, mas complementares.

PARTE II — A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

CAPÍTULO IV — AS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E ECONOMIA: A ORDEM ECONÔMICA E A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

“A (maior) racionalidade do sistema económico é, porém, uma racionalidade limitada ou parcelar, uma vez que ela renuncia à consideração de outros objectivos — isto é, de objectivos não traduzíveis em dinheiro — no apuramento do sucesso ou insucesso do sistema social global. O que leva a que a consideração dos interesses não económicos, dos interesses públicos, caiba ao estado, que assim fica com as tarefas, por um lado, de controlar e corrigir o próprio processo da actividade económica, de modo que o mesmo não ponha em perigo outras actividades (daí a acção do estado traduzida na inspecção empresarial, na protecção do ambiente, etc.) ou fomenta desenvolvimentos culturalmente indesejáveis (daí a acção estadual de planeamento e ordenamento do território, de protecção do património cultural, etc.) e, por outro, de corrigir os resultados da repartição dos rendimentos e patrimónios decorrentes do processo económico, quando os mesmos sejam indefensáveis do ponto de vista da justiça” [sic]¹⁷⁷.

1 AS NOÇÕES DE *ORDEM ECONÔMICA* E *CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA*

1.1 A AMBIGÜIDADE DA EXPRESSÃO *ORDEM ECONÔMICA* E SUA PROXIMIDADE COM O CONCEITO DE *CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA*

O Direito, já o dissemos, expressa-se em linguagem. Como tal, é formado por termos¹⁷⁸ e expressões cujos sentidos nem sempre são muitos claros, de modo que atingidos, os vocábulos, muitas vezes, pela ambigüidade e pela imprecisão¹⁷⁹. Tal é o

¹⁷⁷ JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p. 197.

¹⁷⁸ Utilizamos aqui a palavra “termo” em sentido lato, comum, não em sentido técnico-lingüístico. Considerações mais aprofundadas sobre os exatos significados de palavras tais como “termo” e “conceito”, componentes que são esses vocábulos de um estudo jurídico -lingüístico, fugiriam em muito do objeto deste trabalho. Para tanto indicamos a obra de EROS ROBERTO GRAU, *Ensaio e Discurso...*, *op. cit.*, especialmente p. 194-215.

¹⁷⁹ EROS ROBERTO GRAU anota, com acerto, que “(...) *ambigüidade e imprecisão* são marcas características da linguagem jurídica” — *Ibid.*, p. 197. E diferencia-as, o autor, explicando: “Manifesta -se a primeira em virtude de as mesmas palavras em diversos contextos designarem distintos objetos, fatos ou propriedades. A mesma palavra em contextos diversos *conota* sentidos distintos. Algumas palavras em estado de dicionário — imagem drummondiana — *denotam* inúmeras referências ou designações. Quando, todavia, elas são desprendidas do dicionário e passam a ser usadas em um texto não é mais a sua carga *denotativa*, o seu espectro referencial possível, porém o sentido sob a

que ocorre com a expressão *ordem econômica*, que se pode referir a distintas e variadas realidades. Sem um trabalho hermenêutico de construção de sentido à expressão empregada pelos textos jurídicos em significados vários, impossível a apreensão destes seus significados, sempre referidos aos contextos (normativos) nos quais ela é utilizada.

Atingida por esse espectro de sentidos possíveis — pelo menos dois —, além de guardar uma certa proximidade de sentido com outras expressões assemelhadas — tais como *ordem jurídica*, *ordem pública* e *ordem social* —, a expressão *ordem econômica*, utilizada em nossa Constituição, sem dúvida merece algum trabalho hermenêutico de construção de sentido¹⁸⁰. É o estudo que empreenderemos neste tópico.

Ademais, com uma outra dificuldade depara-se o estudioso da ordem econômica constitucional: o conceito de *Constituição Econômica*, cuja diferença de significado para a expressão *ordem econômica* é tão sutil que ambas quase não se distinguem. E, mais do que apenas isso, cabe-nos também questionar a utilidade e a oportu-

qual foram usadas que conta. Cumpre ver, pois, que uma palavra com largo arco de denotação (extensão) **conota** sentidos diversos em distintos contextos (= compreende distintas **intenções**). Por isso é imprescindível — se desejarmos determinar qual o sentido (**intenção**), entre os inúmeros possíveis, sob o qual a palavra está sendo usada, aqui ou ali, — descobrirmos qual a sua **conotação** aqui ou ali, neste ou naquele contexto” — *Ibid.*, p. 197-198. Já no referente à imprecisão, explicita GRAU que essa “(...) decorre de fluidez de certas palavras, cujo limite de aplicação é impreciso. Buscando exemplos na linguagem comum, aí teremos os vocábulos ‘jovem’, ‘alto’, ‘calvo’” — *Ibid.*, p. 198. Desse modo, há casos claríssimos em relação aos quais ninguém hesitaria em aplicar o vocábulo, e outros, opostos, em relação aos quais se firmaria a certeza absoluta de que o vocábulo é inaplicável. Entre ambas essas zonas de certeza há, todavia, uma zona penumbrosa, na qual resiste dúvida sobre a possível aplicação ou não do vocábulo, que terá sido, então, colhido pela imprecisão. Essa imprecisão aqui mencionada é também denominada por alguns autores de vagueza ou vaguidade, como o faz, por exemplo, JOSÉ ROBERTO VIEIRA — Reforma Tributária: De Salomão a Souto, uma Armadilha, **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Curitiba**, n. 12, p. 57-62. É desse autor, aliás, uma importante advertência que devemos sempre ter em mente ao nos depararmos com a linguagem jurídica — que outra coisa não é senão uma extensão da linguagem natural —, notadamente quando esta é tomada pela vagueza, imprecisão: “Tanto maiores são as chances de uma **armadilha** capturar o animal a que se destina quanto menores são as possibilidades de que ela seja detectada, quanto menor é o grau de definição de seus limites” — *Ibid.*, p. 58.

¹⁸⁰ É a lição precisa de EROS GRAU: “Ainda que se oponha à **ordem jurídica** a **ordem econômica**, a última expressão é usada para referir uma parcela da **ordem jurídica**. Esta, então — tomada como sistema de princípios e regras jurídicas — compreenderia uma **ordem pública**, uma **ordem privada**, uma **ordem econômica**, uma **ordem social**.

A ambigüidade de todas essas expressões é de tal ordem — e uso aqui, propositadamente, o vocábulo ‘ordem’ — que a operacionalização dos conceitos que designam é sempre tormentosa” — **A Ordem...**, op. cit., p. 49.

nidade, não só de tal diferenciação, mas também do próprio uso de expressões e conceitos como esses.

1.2 A *ORDEM ECONÔMICA* NA CONSTITUIÇÃO

O Título VII da Constituição Federal de 1988 trata ‘Da Ordem Econômica e Financeira’. A expressão *ordem econômica* parece estar, aqui, a referir-se a parcela da *ordem constitucional*, também ela parcela da *ordem jurídica* — sentido no qual é geralmente utilizada. Ora, em sendo jurídico o trato epistemológico a que nos propusemos neste trabalho, não haveria maior dificuldade na compreensão da expressão, desde que tomada ela por uma perspectiva sistemática, é dizer, fundada em leitura exegética que tivesse em conta todo o sistema jurídico, realizando interpretação hierarquizante, como anotamos no capítulo I. É fato, contudo, que nem a Constituição e nem a doutrina pátria utilizam a expressão no mesmo sentido — jurídico —, e a referência a distintas realidades produz, assim, ambigüidade — tal como ocorre, por exemplo, com os termos *fato gerador* e *crime*¹⁸¹.

De outro lado, atinge-a um problema de imprecisão, dado não se saber com exatidão a extensão daquilo que o texto constitucional toma por ordem econômica, e que pode identificar-se com a totalidade das normas que tenham, por uma ou outra via, reflexos patrimoniais — o que estenderia a *ordem econômica* a uma quase sobreposição à *ordem jurídica* ou, em outros termos, ao *ordenamento jurídico*.

Esses dois problemas somados são suficientes para ensejar um estudo mais cuidadoso e detalhado da *ordem econômica*. De outro lado, importa-nos ainda, na compreensão da expressão, aplicar o corte epistêmico que efetuamos na primeira parte deste trabalho, identificando assim o exato âmbito normativo ao qual se aplica a locu-

¹⁸¹ O vocábulo *crime* refere-se tanto à conduta praticada pelo agente no mundo real quanto à descrição legislativa desta conduta, imputando-lhe um resultado (uma pena) — daí a ambigüidade que lhe é inerente. Assim também a expressão *fato gerador* é colhida pela ambigüidade, pois pode tanto fazer referência ao acontecimento do mundo fático quanto à descrição legislativa que serve ao nascimento da relação tributária. Sobre o tema, conferir as considerações que fizemos no capítulo II, item 2.1, p. 36.

ção.

Desse modo, um primeiro e importante passo a ser dado é vencer a ambigüidade. De fato, a *ordem econômica*, qualquer que seja sua extensão, ela será questionada apenas em um segundo momento, refere-se tanto a uma realidade que é propriamente jurídica quanto a outra que, pode-se dizer, é social¹⁸². Portanto, há duas *ordens econômicas*: uma que é jurídica e outra que está fora do Direito, insere-se na realidade fática. É a clássica oposição entre mundo do ser e mundo do dever ser. Assim, a primeira precisão necessária é apartar a norma (ordem econômica/mundo do dever ser) da realidade (ordem econômica/mundo do ser).

Feita essa distinção, algo óbvia mas necessária, outras distinções devem ser efetivadas no âmbito normativo. E aqui, já com essas *precisões*, iniciamos um trabalho de tolher a *imprecisão* que ronda a locução *ordem econômica*, uma vez que tais *precisões* efetivadas reduzirão, desde logo, seu espectro normativo a um campo de atuação menor.

Cabe, pois, neste passo, apartar de todo as noções de *ordem pública* e de *ordem econômica* — confundidas pela expressão, também ambígua, *ordem pública econômica*. Basta, para tanto, percebermos, já em primeira mão, que a ordem pública classicamente identificada opõe-se, de todo, à ordem pública como a concebemos hoje, e a distinção foi forjada na passagem histórica de um Estado que antes era liberal e hoje se tornou social¹⁸³. De fato, a *ordem pública clássica* existia em um ambiente que era o de um Estado absenteísta¹⁸⁴. Por isso, o âmbito da regulação jurídica econômica era

¹⁸² Social porque se refere ao mundo do ser. Trata-se, mais precisamente, de uma realidade econômico-social. Não cometeríamos a leviandade de separar o econômico do social, como se fossem realidades distintas e que não se interpenetram — embora possam ter aportes epistêmicos diferentes. Outrossim, como explicitamos antes, essa *ordem* — que é uma ordem *de fato*, em oposição a ser *jurídica* — pode ser dividida em vários recortes, cujas epistemes próprias revelarão diferentes características. A realidade — a ordem —, contudo, permanecerá una e incindível.

¹⁸³ A passagem de um Estado Social a um Estado Regulador que observamos na atualidade não influencia nas considerações aqui expendidas. O Estado Regulador é, também ele, interventor, e por esse motivo sua ordem pública é a mesma do Estado Social.

¹⁸⁴ O que não quer dizer que este Estado também não tinha uma *ordem econômica* no sentido jurídico: ao contrário, ela existia e, ainda que implícita, regulava o modo de atuação estatal na economia (mundo do ser), garantindo sua existência e abstendo-se de interferir nas decisões econômicas do particular. Pode-se dizer que essa *ordem econômica* (mundo do dever ser) caracterizava-se negativamente: não havia atuação positiva possível.

negativo. O Estado não interferia nos negócios particulares, apenas garantia a existência da *ordem* — mundo do ser — que já estava posta.

Com a transposição do Estado de uma posição que era de mero garante para uma posição ativa, isto é, voltada à atuação cujo objetivo é produzir determinado resultado econômico, a *ordem pública* assume uma nova significação. Não se trata mais de uma noção de *exceção*, mas de uma noção de *intervenção*: a atuação estatal agora é positiva¹⁸⁵. Essa é, então, a *ordem pública econômica* — e é bastante diferente da *ordem pública clássica*: opõe-se-lhe¹⁸⁶.

Voltando à ambigüidade que cerca a expressão *ordem econômica*, é possível distinguir-lhe, a partir da obra de VITAL MOREIRA, três diferentes conotações. A primeira delas respeita a uma relação entre fenômenos econômicos materiais, concre-

¹⁸⁵ No que toca ao Estado Regulador, esse objetivo não se modificou. Também o Estado Regulador deve intervir na economia. A diferença, em relação ao Estado Social, é que ao segundo cabia muito mais uma atuação direta. Ao primeiro, diversamente, a atuação faz-se preponderantemente pela via indireta, através da assunção, pelo particular, das atividades sócio-econômicas mais fundamentais prestadas pelo Estado Social: os serviços públicos — muito embora a regulação dos serviços públicos possa ser considerada uma intervenção direta. O tema é imensamente interessante, mas foge de nossos objetivos. Sobre a mudança na atuação estatal, o serviço público e a regulação, cf., dentre outros, MARÇAL JUSTEN FILHO, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, *passim* e *O Direito das Agência Reguladoras Independentes*, *passim*; GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Princípios...*, *op. cit.*, *passim*; PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS, Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador, in VITAL MOREIRA (org.), *Estudos de Regulação Pública I*, p. 173-317; ALMIRO DO COUTO E SILVA, Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares: Serviço Público “à Brasileira”?, *RDA*, n. 230, p. 45-74.

¹⁸⁶ EROS ROBERTO GRAU recolhe em GERARD FARJAT esta mesma distinção. Diz GRAU: ‘(...) *ordem pública econômica* é o conjunto das medidas, empreendidas pelo poder público, tendentes a organizar as relações econômicas; opõem-se à *ordem pública econômica* tanto a *ordem privada econômica* quanto a *ordem mista*, que constitui a economia concertada — esta última compreende, além de medidas ‘incitativas’, medidas autoritárias; a *ordem pública* retira sua força da noção técnica do Direito Civil, inserida no art. 6º do Código Civil francês; respeita ao conjunto das medidas *autoritárias* (cogentes) tomadas pelos poderes públicos e concernentes à atividade econômica; o *conteúdo* da noção (isto é, da noção de *ordem pública*) marca-se na circunstância de expressar legislações de exceções, exteriores ao Direito Civil clássico; o conteúdo da *ordem pública econômica* se opõe, traço por traço, à *ordem pública clássica*; esta última é uma ordem de *exceção* (a liberdade contratual é a regra); a *ordem pública clássica* é definível pelo seu conteúdo: é constituída pelo conjunto dos princípios fundamentais sobre os quais repousa a sociedade; ela — a *ordem pública clássica* — é puramente *proibitiva* ou negativa; já a *ordem pública econômica* não é mais uma *noção de exceção*, porém um ‘instrumento técnico de uma legislação diversificada concorrente com o Direito Civil clássico’; cuida-se de uma noção funcional; a natureza do comando é que se transformou: à interdição (proibição, negação), sucedeu uma grande diversidade de técnicas de intervenção” [sic] — *A Ordem...*, *op. cit.*, p. 50-51.

tos, exprimindo articulações que são puramente econômicas¹⁸⁷. A segunda respeita a toda e qualquer regra de conduta, independentemente de sua natureza — moral, religiosa, jurídica *etc.* —, que regule o comportamento humano econômico¹⁸⁸. Finalmente, a terceira respeita exclusivamente ao sentido jurídico, isto é, àquela parcela da normatividade — jurídica — que regula a atuação econômica¹⁸⁹.

Esse arco de sentidos pelos quais passa a expressão é importante seja conhecido, porque permite ao hermenêuta compreender em que conotação está sendo utilizada a expressão nos textos positivados do Direito, notadamente nas referências constitucionais, possibilitando a superação de suas ambigüidades.

De outro lado, há que se retornar ao uso constitucional da expressão para observar a imprecisão — agora não mais ambigüidade — que a ronda. Efetivamente, a positividade jurídica brasileira expressa a ordem econômica e a ordem social em tratamentos apartados dentro do texto constitucional, prática essa que induz à imprecisão porque aparta conceitos que são um só, ainda que expressos em vocábulos diversos. É o que ocorre entre os vocábulos *econômico* e *social*, duas faces de uma mesma realidade, interpenetrando-se de maneira tão íntima e intensa que sua separação normativa não é apenas artificial, mas também condenável.

É claro que, no mundo do ser, os fatos econômicos ocorridos no dia a dia não se apartam, e nem podem fazê-lo, da realidade social. Os fenômenos sociais são diretamente influenciados pelos fenômenos econômicos, e vice-versa. Daí que, colhendo a realidade no mundo normativo do dever ser, a regulação econômica implique sempre, ao menos em algum grau, uma regulação social. De outra parte, a própria Constituição

¹⁸⁷ Explica VITAL MOREIRA: ‘*O rdem, neste sentido, é um **conceito de facto**, e não um conceito normativo ou de valor, e exprime a realidade de uma inerente articulação do económico como facto. O económico não se apresenta nesse conceito como um mundo caótico; é, já por si, uma ordem, uma estrutura em sentido específico*’ [sic] — **A Ordem Jurídica do Capitalismo**, p. 60.

¹⁸⁸ Para VITAL MOREIRA ‘*É o sistema normativo (no sentido da sociologia) da acção económica. Ordem económica, neste sentido, poderia ser substituída pelas expressões **regime económico** ou **direito económico**, se a primeira não fosse supérflua e a segunda não tivesse actualmente um significado diferente, menos amplo*’ [sic] — *Id.*

¹⁸⁹ Por isso VITAL MOREIRA aduz caracterizar essa noção ‘*(...) o facto de ser estritamente jurídica e portanto menos extensa que a noção anterior, ainda que, mesmo neste último sentido, a ordem económica tenha de ser, em grande parte e em primeiro lugar, uma ordem jurídica*’ [sic] — *Ibid.*, p. 61.

Federal reconhece essa ligação e interdependência, ao expressar abertamente objetivos sociais decorrentes da regulação econômica. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL já notara o engano em fins da década de 1970 — portanto muito antes dele ser reprisado pela nova Constituição¹⁹⁰. Aliás, na atual Constituição o equívoco é mais agudo: antes, apartavam-se os termos para construir uma *ordem econômica e social*, mas hoje constrói-se uma *ordem econômica e financeira* — como se o econômico entrecortasse apenas o fenômeno financeiro — e, como se nenhuma relação houvesse, uma *ordem social*, em título completamente apartado.

Não bastassem apenas essas razões, ainda outra, jurídica, subsiste: a Constituição não pode ser interpretada em tiras, aos pedaços, mas forma um todo sistemático, ainda que aberto e móvel. Daí a impossibilidade de se descortinar ordens social e econômica desvinculadas, pois mesmo que residentes em pontos distintos da geografia do texto constitucional, tais ordens se interpenetram com vigor. Uma boa hermenêutica trará certamente, à interpretação da ordem econômica, aqueles elementos expressos apenas como ordem social.

A ordem econômica — mundo do dever ser — pode, então, ser retratada ‘(...) como o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)’¹⁹¹. Essa definição, contudo, oferece recorte muito assemelhado à idéia de Constituição Econômica. É o que passaremos a tratar no item seguinte.

¹⁹⁰ Expressa VIDIGAL: ‘Na verdade o equívoco semântico adquiriu difusão generalizada que parece de superação impossível. Nossos textos constitucionais não se acham sozinhos nesse equívoco. A Constituição Francesa de 1958 estabeleceu, na penúltima alínea de seu art. 34, que leis de programa determinariam os objetivos da **ação econômica e social** do Estado e transformou em **Conselho Econômico e Social**, nos termos de seu Título X, o Conselho Econômico que havia sido criado pela Constituição de outubro de 1946’. Historia, a seguir, a sucessão de repetições do equívoco na França, na Itália e na Alemanha. Por fim, anota: ‘Mesmo em documentos pontifícios, os vocábulos econômico e social surgem com os mesmos sentidos equívocos. Seria relevante, porém, superar o mal-entendido, que serve a intrigar a população com a ordem econômica’ — **Teoria Geral do Direito Econômico**, p. 86.

¹⁹¹ EROS ROBERTO GRAU, **A Ordem...**, op. cit., p. 61.

1.3 ORDEM ECONÔMICA *VERSUS* CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

SABINO CASSESE, em trabalho específico sobre o tema, arrola três significados que pode tomar a locução *Constituição Econômica* — expressão, como de resto tantas outras, também atingida pela ambigüidade. A primeira acepção toma por referência as normas formais alocadas na Constituição, bem como a legislação — complementar ou ordinária —, que tenha relevância constitucional. Uma segunda acepção, mais ampla, abarca vários institutos jurídico-econômicos não necessariamente constantes da Constituição ou mesmo positivados¹⁹². Finalmente, em sua terceira acepção, *Constituição Econômica* abarca toda a *praxis* jurídica quotidiana que esteja em relação com a Economia, isto é, além da Constituição e da legislação complementar/ordinária, são tomados em conta os atos administrativos, tais como circulares e portarias¹⁹³.

Percebe-se, nas três acepções referidas pelo jurista italiano, um movimento cada vez mais amplo, para abarcar uma realidade normativa maior: primeiro a legislação formal — constitucional ou não —, positivada; depois, essa legislação formal adicionada da normatividade consuetudinária; finalmente, essas duas somadas ao movimento estatal-administrativo, abrangendo os atos infralegais emitidos pela Administração Pública. Essas referências servem para demonstrar a ampla ambigüidade que carrega a expressão *Constituição Econômica*¹⁹⁴.

Mas o espectro definitório da expressão não poderia ser tão amplo. Correríamos o risco de nos enredarmos nas intermináveis e plásticas plurissignificações da locução, cedendo espaço à ambigüidade e construindo um misterioso e disfuncional ser

¹⁹² Poderíamos diferenciar a primeira da segunda acepção entendendo que esta segunda refere-se à Constituição material, ao passo que aquela primeira faz referência à Constituição formal.

¹⁹³ SABINO CASSESE. *La Nuova Costituzione Economica*, p. 3-5.

¹⁹⁴ PAOLA BILANCIA anota que '(...) a 'fenomenologia' da constituição econômica, se mpre que a essa se possa referir como tal, pode, de fato, ser objeto de estudo de um ponto de vista sociológico-político, histórico ou jurídico, enquanto, enfim, os economistas estudam o problema sob o ângulo da ordem econômica ou do equilíbrio econômico geral e dos 'sistemas' econômicos possíveis" — **Modello Economico e Quadro Costituzionale**, p. 1 — tradução livre nossa. No original: '(...) la 'fenomenologia' della costituzione economica, sempre che ci si possa ad essa riferire come tale, può, infatti, essere oggetto di studio da un punto di vista sociologico-politico, storico o giuridico, mentre, infine, gli economisti studiano il problema sotto l'angolazione dell'ordine economico o dell'equilibrio economico generale e dei 'sistemi' economici possibili."

amorfo, à semelhança do Odradek de FRANZ KAFKA. Ao contrário, devemos estabelecer o plano jurídico-normativo como ponto de partida de nossa investigação — visto que realizamos corte epistemológico desde um aporte jurídico.

Daí tomarmos em conta a realidade constitucional, construída pelas opções políticas efetivadas pelo poder constituinte, num todo fundador do sentido jurídico dominante em nossa realidade diuturna¹⁹⁵. A partir dessa opção constitucional, do recorte assim efetuado, é que passa a ganhar sentido jurídico a *Constituição Econômica*. Nada mais é a *Constituição Econômica* que parcela da Constituição, inserida naquele todo constitucional, e que traça as regras da ordem econômica — mundo do ser.

Trata-se, portanto, de um conceito que opera um recorte na Constituição formal, separando dela aquelas específicas regras voltadas à ordem econômica — mundo do ser. E, efetuada tal precisão, voltamos à crítica formulada por EROS ROBERTO GRAU: não há, para o autor, sentido em produzir expressões tais quais *ordem econômica* ou *Constituição Econômica*, pois ambas, em sua ambigüidade, apenas servem para confundir os sentidos e dificultar a exegese jurídica acertada. Além do mais, e especialmente com o recorte que fizemos, as expressões ordem econômica — mundo do dever ser — e *Constituição Econômica* tornam-se intercambiáveis, o que só contribui para aumentar a ambigüidade presente nas expressões sob análise¹⁹⁶.

¹⁹⁵ O poder constituinte — e frisamos não existir um poder constituinte derivado e um originário, mas apenas um poder que constitui e um poder ao qual se permite, dentro de lindes pré-fixados, a reforma do já constituído — cria a Constituição e funda o ordenamento jurídico através de opções políticas bastante específicas, recortando aqueles princípios que serão orientadores do sistema e positivando-os. Essa é a realidade jurídica — a única existente, as outras possíveis não passam de mera cogitação — a que nos devemos voltar. Escolha semelhante é feita por PAOLA BILANCIA: *‘E rea lmente, a Constituição se configura como um corpo unitário, de modo que não haveria sentido em imaginar a hipótese de uma ‘Constituição Econômica’ distinta (ou absolutamente avulsa) da Constituição Política. A Constituição Econômica deve sobretudo ser considerada como parte integrante de um complexo unitário de escolhas fundamentais interconexas, deve ser compreendida como um modelo delineado (ou implícito) nas escolhas de base de um ordenamento’* — **Modello...**, op. cit., p. 4 — tradução livre nossa. No original: *“Ed invero, la costituzione si configura come un corpo unitario, sicché non avrebbe senso ipotizzare una ‘costituzione economica’ distinta (o addirittura avulsa) dalla costituzione politica. La costituzione economica deve piuttosto essere considerata come facente parte di un complesso unitario di scelte fondamentali interconnesse, deve essere intesa cioè come un modello delineato (o implicito) nelle scelte di base di un ordinamento.”*

¹⁹⁶ EROS GRAU sublinha com vigor a proximidade e irrelevância de ambos os conceitos: *“A proximidade e ntre os conceitos de ordem econômica (mundo do dever ser) e de Constituição Econômica — repito — é óbvia. Tal qual se refere uma **Constituição Econômica material** e uma **Constituição Econômica formal**, também se deve nomear uma **ordem econômica (constitucional) material***

Concordamos com a crítica elaborada desse modo, mas dela nos distanciamos porque esperamos utilizar exatamente as próprias expressões criticadas para construir conceitos que se possam afastar das apontadas ambigüidades, permitindo uma leitura mais clara do texto normativo e emprestando utilidade a expressões que, de outro modo, restariam completamente inutilizadas.

Assim, optamos por separar as duas realidades — mundo do ser e mundo do dever ser — em espaços distintos, conferindo-lhes expressões distintas e que possam superar as ambigüidades a pouco apontadas. Designamos, desse modo, a expressão jurídica da ordem econômica — mundo do dever ser — constitucional por *Constituição Econômica*, reservando a expressão *ordem econômica* para a realidade afeita ao mundo do ser.

A separação, assim efetuada, tem a vantagem de imputar diferentes denominações a diferentes realidades, facilitando a compreensão do estudioso e superando ambigüidades por via da determinação de sentido das expressões. Contudo, uma importante ressalva merece, a essa altura, ser feita: a Constituição de 1988 utiliza, em diversos pontos de seu texto, a locução *ordem econômica*, freqüentemente o fazendo em sentidos distintos. Por essa razão, o hermeneuta deve permanecer atento e jamais baixar a guarda, pois ainda que utilize as mencionadas expressões nos sentidos acima sugeridos, nem sempre a Constituição ou os textos produzidos pela jurisprudência ou pelos cientistas do Direito o farão. Daí a premente necessidade de que o intérprete tenha sempre em conta as armadilhas aqui apontadas.

Em nosso trabalho, contudo, utilizaremos as expressões do modo indicado, ou seja, *Constituição Econômica* para designar o mundo do dever ser transposto na Constituição, e *ordem econômica* para designar a realidade do mundo do ser. Lembramos, todavia, como última observação, que, conquanto consideremos a expressão *Constituição Econômica* como representante daquele conjunto de normas ordenadoras da ordem econômica, esse conjunto de normas — *i.e.*, a *Constituição Econômica* — não existe

— ou *ordem econômica constitucional* — e uma *ordem econômica (constitucional) formal*.

A exposição aqui produzida nos encaminha, a passos largos, ao reconhecimento de que, em rigor, tanto o conceito de *Constituição Econômica* quanto o de *ordem econômica* não são dotados da relevante significação que lhes costumamos emprestar” [sic] — **A Ordem...**, *op. cit.*, p. 70.

isolado do restante do Ordenamento Constitucional e nem do Ordenamento Jurídico¹⁹⁷. A Constituição, relembramos ainda uma vez, não se interpreta em tiras, aos pedaços¹⁹⁸.

Com essas precisões realizadas, podemos passar adiante, para a análise dos modos de intervenção no domínio econômico realizados pelo Estado brasileiro e permitidos pela Constituição¹⁹⁹.

2 INTERVENÇÃO E ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

2.1 CLASSIFICANDO AS MODALIDADES DE ATUAÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

Estudar as modalidades de intervenção na economia significa mergulhar no âmbito da Constituição Econômica. Antes de tudo, porém, cabe ressaltar que também o vocábulo *intervenção* — tanto quanto o eram as expressões *ordem econômica* e *Constituição Econômica* — é atingido pela ambigüidade, uma vez que traduz dois sentidos: uma conotação forte e uma fraca.

Em sua conotação fraca, *intervenção* abrange as atividades estatais no domínio econômico, e por isso é vocábulo intercambiável com *atuação*. Já em sua conotação forte, a intervenção afasta a atuação, ao menos em parte, para se caracterizar como atuação no domínio de outrem, ou seja, fora daquela esfera de atuação que é típica do Estado.

Por causas das diferenças entre ambas as conotações, forte e fraca, é que a temática da atuação no domínio econômico é aparentemente estranha àquela do serviço público, embora isso não seja totalmente verdade, como se verá na seqüência. À primeira vista, de fato, os domínios parecem distintos e apartados²⁰⁰. É exatamente to-

¹⁹⁷ Utilizamos, mais adiante nesse trabalho, a expressão *Constituição Tributária* — nomenclatura esta ao modo dos portugueses, que usam dizer *Constituição Fiscal* — para designar a realidade das normas jurídicas constitucionais respeitantes ao ordenamento tributário — ou “fiscal”, como qu erem os portugueses. A espécie do recorte efetuado é a mesma daquela da Constituição Econômica, apenas remete a normas de outra natureza.

¹⁹⁸ EROS ROBERTO GRAU, *A Ordem...*, *op. cit.*, *passim*.

¹⁹⁹ *Domínio econômico* e *ordem econômica* são locuções que consideraremos intercambiáveis, ambas referidas ao mundo do ser.

²⁰⁰ Nesse sentido, a observação com que DIDIER LINOTTE, ACHILLE MESTRE e

mando por base esse enfoque simplista — que desconsidera as ambigüidades inerentes à linguagem jurídica e mesmo à própria linguagem como um todo — que um intérprete mais desavisado, ao tomar as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando o autor refere que a atuação do Estado no domínio econômico se distingue da prestação de serviços públicos, pode ser levado ao erro, imaginando que o Estado não exerce atividade econômica alguma²⁰¹.

O enfoque simplista referido, entretanto, é, na verdade, incompatível com o próprio Direito Econômico²⁰². De fato, o serviço público não deixa de ser, para todos os efeitos, uma atividade de reflexos econômicos praticada pelo Estado. E, não se pode olvidar, trata-se de intervenção — em sentido amplo, ou em conotação fraca — na esfera econômica particular, uma vez que retira parte do domínio econômico da livre atuação dos particulares e transmite-o ao Estado, por via da *publicatio*. No todo da atividade econômica, porém, o serviço público continua a ser uma alocação de bens escassos e, portanto, passível de análise econômica e de trato pelo chamado Direito Econômico. Daí que para LINOTTE, MESTRE e ROMI, “(..) *entre serviço público e direito econômico, a osmose é profunda*”²⁰³.

É preciso, portanto, para que possamos distinguir com exata precisão a cono-

RAPHAËL ROMI abrem sua obra a respeito dos serviços públicos: “A *priori*, pode parecer paradoxal justapor em um mesmo estudo a teoria geral do serviço público e aquela do direito público econômico. A primeira representa uma parcela um tanto quanto clássica do direito administrativo geral, sua própria pedra angular para muitos autores. A teoria do direito público econômico, ao revés, parece simplesmente bem mais nova, e sob certo ponto de vista mais apta a dar conta das transformações da administração moderna” — **Services Publics et Droit Public Économique**, p. 7 — tradução livre nossa. No original: “A *priori* il peut sembler paradoxal de juxtaposer dans une même étude la théorie générale du service public et celle du droit public économique. La première représente un morceau tout à fait classique du droit administratif général, sa pierre d’angle même pour beaucoup d’auteurs. La théorie du droit public économique, en revanche, apparaît d’ordinaire beaucoup plus neuve et à certains égards mieux apte à rendre compte des transformations de l’administration moderne.”

²⁰¹ Para BANDEIRA DE MELLO, as atividades administrativas do Estado podem ser classificadas em cinco categorias: (i) serviços públicos, (ii) intervenção do Estado no domínio econômico, (iii) cumprimento das normas legais que estabelecem as limitações administrativas à propriedade e à liberdade — *i.e.*, uso do poder de polícia —, (iv) sacrifícios de direitos, e (v) gestão de bens públicos — **Curso de Direito Administrativo**, p. 607-609.

²⁰² Como bem referem LINOTTE, MESTRE e ROMI, “(...) *essa separação [entre serviço público e direito econômico] é na realidade artificial*” — **Services...**, *op. cit.*, p. 7 — tradução livre nossa. No original: “Ce cl ivage est em réalité artificiel.”

²⁰³ *Id.* — tradução livre nossa. No original: “Entre service public et droit économique l’osmose est profonde.”

tação de intervenção na economia — mormente em seu sentido forte —, iniciar nosso estudo com uma distinção das espécies de atuação estatal no domínio econômico²⁰⁴. Tais distinções servirão, pois, para delimitar o exato campo de atuação a que se circunscreve a intervenção no domínio econômico em sentido estrito (forte), apartando-a de outras atividades econômicas também exercidas pelo Estado, sob a rubrica de serviços públicos.

A importância primordial dessas noções decorre, em nosso ordenamento jurídico, principalmente da separação feita pela Constituição Federal, de modo límpido, entre os tipos de atuação possíveis do Estado no domínio econômico. De um lado, a atuação econômica do Estado é subsidiária daquela realizada pela iniciativa particular. De outro, liga-se, diretamente, aos princípios constitucionais ordenadores do Estado, que lhe indicam a direção axiológica a ser seguida, notadamente a dignidade da pessoa humana. Daí as expressões específicas dos artigos 21, IX, X, XI, XII e XXIII; 25, § 2º; 30, V; 173; 174; 175 e 177 da Constituição Federal, delimitando a atuação estatal na ordem econômica.

É exatamente a delimitação assim formulada que permite distinguir um núcleo para os serviços públicos e apartá-lo do restante das atividades econômicas, que serão atividades sujeitas à intervenção estatal²⁰⁵. Mas não nos adiantemos. Antes de entrar nesse ponto precisamos classificar uma e outra atuação.

De fato, a atuação pode ser feita diretamente, abrangendo os serviços públicos — mas não exclusivamente por meio deles —, ou por via indireta, caso em que será denominada, como já mencionado, *intervenção*. Essa, exatamente, é a distinção que expusemos antes, adotada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando aparta, radicalmente, a prestação de serviço público da intervenção estatal no domínio econômico. A distinção é correta, mas para compreender seu alcance teremos que de-

²⁰⁴ *Atuação*, aqui, como se disse, conota a atividade exercida pelo Estado na ordem econômica, independente de ser a atuação em domínio próprio ou de terceiro. Equivale, portanto, a *intervenção* em sentido fraco ou amplo.

²⁰⁵ O aparte, todavia, é relativo, na medida em que permanece uma zona gris entre o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito, mormente no atual momento pós-privatização em que vivemos. Retomaremos a questão com maior detalhamento mais adiante.

terminar, antes, o que seja *intervenção no domínio econômico* — e aqui estamos utilizando, desde logo, o sentido forte (estrito) da expressão.

EROS ROBERTO GRAU, em estudo já clássico, tem distinguido a intervenção do Estado no domínio econômico em três categorias: (i) intervenção por absorção ou participação, (ii) intervenção por direção, e (iii) intervenção por indução²⁰⁶. A classificação é interessante e bastante útil, além de estar fortemente radicada nas distinções constitucionais. Não pode, contudo, ser simplesmente adotada sem uma meditação mais segura sobre ela, especificamente no que concerne a dois pontos específicos: (i) o sentido dos vocábulos *atuação* e *intervenção*, uma vez que a classificação respeita apenas à intervenção, e (ii) a adoção de três categorias distintas, ao invés de apenas duas, apartadas em subespécies.

A primeira observação acima referida respeita a um problema (novamente) taxinômico — trata-se da já referida ambigüidade do léxico jurídico. O Direito, como já sublinhamos em diversas oportunidades, utiliza-se de linguagem em seu evoluir, e nem sempre a opção plasmada no texto normativo é a mais adequada do ponto de vista científico, ou a que melhor possa expressar — conotar — o verdadeiro sentido da norma em apreço. É bastante comum a observação de que o legislador se utiliza de palavras e conceitos muitas vezes sem o necessário cuidado com a significação que as expressões podem tomar. Cabe ao hermeneuta identificar o núcleo de sentido contido nas disposições normativas, encontrando-lhes, se não o significado pleno, ao menos a indicação de um significado vocabular mínimo sem o qual não seria possível a interpretação normativa inserta no sistema jurídico posto pela Constituição.

Nesse sentido, e como já vimos apontando desde o início deste item, falar-se em intervenção no que respeita ao serviço público é um exagero, uma impropriedade. Ora, se é realidade que o serviço público implica uma alocação de recursos escassos, exteriorizando-se como um comportamento econômico do Estado, isso não importa, necessariamente, que seja esse comportamento interventivo. Ao contrário, sendo o serviço público delegado ao Estado através da *publicatio* — o que faz o serviço públi-

²⁰⁶ A Ordem..., *op. cit.*, p. 82.

co, portanto, de sua titularidade —, a atuação assim exteriorizada será no próprio domínio econômico, não em domínio de outrem, de terceiros. Daí ser absolutamente imprópria a utilização do vocábulo *intervenção*, uma vez que esse tipo de comportamento só é possível em esfera alheia, e não em seu próprio âmbito de atuação.

Desse modo, aparta-se *intervenção* de *atuação*. Esta última implica um comportamento, uma ação, sobre um determinado domínio, seja de titularidade do agente ou não. Intervenção, de outro lado, conota um agir sobre esfera alheia. É uma espécie de atuação, mas com essa não se confunde. Por isso, como observa EROS ROBERTO GRAU, atuação estatal existe em relação ao todo da economia, ao passo que intervenção, conceito mais restrito, existe apenas em relação à esfera de atuação dos particulares, portanto, esfera que não é própria à atuação estatal, eis que não é de sua titularidade²⁰⁷. Ou seja, a classificação proposta trata, apenas e tão somente, de atuação em sentido estrito, excluída dela o serviço público, que se insere na atuação em sentido amplo.

A segunda observação que fizemos foi quanto à categorização da intervenção estatal em duas espécies, ao invés de três. Ora, bem examinada a classificação proposta, ela poderia ser dividida em (i) intervenção direta, e (ii) intervenção indireta. A primeira forma interventiva ocorreria quando o Estado participasse da economia diretamente, (i) ou dominando por completo um determinado setor econômico, caso em que se teria monopólio estatal, (ii) ou atuando em conjunção com os particulares, e com eles concorrendo, caso em que seria o Estado um agente econômico comum, como

²⁰⁷ **A Ordem...**, *op. cit.*, p. 82-83. Nas próprias palavras do autor: ‘*Daí se verifica que o Estado não pratica **intervenção** quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo **intervenção** é, no contexto, mais correto do que a expressão **atuação estatal: intervenção** expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; **atuação estatal**, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota atuação inclusive na esfera do público.*

*Por isso que vocábulo e expressão não são absolutamente, mas apenas relativamente, intercambiáveis. **Intervenção** indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; **atuação estatal**, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que **intervenção** conota atuação estatal no campo da **atividade econômica em sentido estrito**; **atuação estatal**, ação do Estado no campo da **atividade econômica em sentido amplo**”.*

outro qualquer. A segunda forma, a intervenção indireta, ocorreria nos casos em que o Estado atuasse legislando ou regulando comportamentos, para obter resultados econômicos por duas vias: (i) induzindo os agentes econômicos, por meio de normalizações respeitantes ao direito premial positivo ou ao direito “premio” negativo²⁰⁸ — e nesse caso o ferramental da teoria dos jogos e a compreensão do conceito econômico de custos de transação seria bastante útil —, ou (ii) dirigindo os agentes através de um regramento estrito, que não comporte margens de atuação aos particulares, como se dava na hipótese anterior, sendo a eles imposto.

A classificação das formas interventivas, assim, seja ela bi ou tripartite, respeita à atuação estatal em sentido estrito²⁰⁹. O serviço público, deixe-se bem reprisado, situa-se em outra esfera, mais ampla. No entanto, a vigorosa tendência desestatizante no que concerne ao fornecimento de serviços públicos — hoje fornecidos por particulares que atuam em certos campos, algumas vezes sob formas específicas de concorrência — têm confundido as esferas de atuação que poderiam, antes, ser mais facilmente distinguidas. As zonas gris, atualmente, são mais largas e mais opacas. Por isso a referência que faz MARÇAL JUSTEN FILHO a uma tendência à “(...) *privatização do Direito Público*”, traduzindo a concepção de uma severa redução na atuação direta

²⁰⁸ Utilizamos aqui a locução “premio” negativo expressando toda sua carga de negatividade, ou seja, enquanto oposta à sanção “premio” positiva. O que se pretende é sublinhar a existência de um direito, também funcional, mas que, contrariamente ao direito premial positivo, exerça desestímulo perante os sujeitos que tutela. À míngua de termo mais adequado, utilizamos a locução “premio” negativo, mas fazemos questão de determinar o exato sentido em que a usamos, para que se evite confusão com eventuais sanções advindas de um direito criminal, ou punitivo. O negativo, aqui, não é punitivo, mas exerce desestímulo, induz negativamente. Para aclarar o que queremos dizer, basta um exemplo simples de sua utilização no Direito brasileiro em anos recentes: a fixação de “sobretarifas” de energia elétrica a consumidores que utilizassem mais do que uma certa quota pré-estabelecida, quando da instauração das medidas emergenciais para superar a falta de energia provocada pela crise de 2001. Desse modo, o que se pretendia não era punir, ou tornar ilícita, a conduta de consumir certa quantia de energia elétrica, mas desestimular os consumidores que o fizessem, impondo um custo mais alto para essa energia. A temática referente às sanções premiaias — em oposição àquelas coercitivas mais comuns na ordem jurídica — será retomada no capítulo subsequente, no qual trataremos exatamente da extrafiscalidade como instrumento apto a exercer o estímulo/desestímulo sobre os agentes econômicos.

²⁰⁹ Esse o sentido adotado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO em sua classificação anteriormente mencionada. Daí porque sua visão não ser incompatível com a análise feita pelo Direito Econômico. Ao contrário, a oposição feita pelo autor entre serviço público e intervenção sublinha, de forma vigorosa, o exato âmbito de cada qual das atuações, vencendo a ambigüidade encontrável no vocábulo *intervenção*.

do Estado em domínio econômico próprio²¹⁰. O Estado, em última análise, modificou-se, e, com ele, foi reformulada não apenas a prestação dos serviços públicos, mas a própria área passível de intervenção econômica.

Veja-se que a classificação adotada em relação à intervenção no domínio econômico e ao serviço público — categorias, como se disse, de todo apartadas — está inscrita na Constituição Federal nos artigos 21, IX, X, XI, XII e XXIII; 25, § 2º; 30, V; 173; 174; 175 e 177. Façamos, pois, breve análise desses dispositivos, a fim de os compreender insertos na classificação explanada.

2.2 A INTERVENÇÃO DIRETA POR PARTICIPAÇÃO

Em primeiro lugar, o artigo 173. Nesse dispositivo está contida a subsidiariedade econômica do Estado em relação ao particular: a previsão é de que ao Estado só será possível a exploração de atividade econômica quando houver relevante interesse coletivo — leia-se, interesse público²¹¹ — ou quando o demandarem questões de segurança nacional²¹². Portanto, o que se afirma nesse dispositivo é exatamente a intervenção por participação, ou seja, aquela intervenção realizada pelo Estado quando determinadas razões — interesse coletivo (*i.e.*, público) ou segurança nacional — o forcem

²¹⁰ Prefácio, in LEILA CUÉLLAR, **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**, p. 7. Na verdade, dada a inexistência de *despublicatio*, não haveria propriamente uma redução na atuação direta do Estado. Essa afirmativa — e por isso a fizemos no condicional — não é totalmente verdadeira, na medida em que determinadas peculiaridades da disciplina do tríptico de concessão/permissão/autorização permitem intervenção do Estado — seja por via direta (regulação) ou via indireta (estímulo/desestímulo) — naquelas atividades agora exploradas pelo particular e a despeito de sua titularidade remanescer com o Estado.

²¹¹ O interesse público é dos mais difíceis e desafiadores temas do Direito. Compreender exatamente o que seja interesse público requer estudo aprofundado e específico, que não podemos realizar aqui, pois escapa ao objeto sob análise. Para um estudo mais específico a respeito da temática, ver HUMBERTO BERGMAN ÁVILA, Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’, **RTDP**, n. 24, p. 159-180 e MARÇAL JUSTEN FILHO, Conceito de Interesse Público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo, **RTDP**, n. 26, p. 115-136.

²¹² A *atividade econômica* aqui prevista tem o sentido de *intervenção*: a locução não está em sua mais ampla acepção, abrangendo também o serviço público — que, de outra parte, também é uma atividade de reflexos econômicos, como já visto —, mas dele se aparta para apenas reconhecer aquelas atividades que produzem interferência no agir de terceiros, *i.e.*, a *intervenção* em sua acepção estrita. É preciso manter a mente focada no fato de que as armadilhas decorrentes da ambigüidade das expressões constitucionais — e jurídicas, de modo geral — estão em cada canto, requerendo atenção sempre afiada e crítica do hermeneuta na leitura dos mais diversos dispositivos postos sob análise.

a tanto. É de se observar que a intervenção por participação prevista no artigo 173 da Constituição Federal não abrange aquelas atividades econômicas exercidas sob regime de monopólio, caso que se subsume à previsão do artigo 177 — dispositivo que trata das atividades que constituem monopólio da União²¹³.

Exatamente por tratar de intervenção por participação — o que se torna claro já da leitura de seu *caput* —, é que o artigo 173 delinea o regime jurídico a que deverão estar submetidas as empresas públicas e as sociedades de economia mista: regime jurídico de Direito Privado. Isso implica afastar possíveis privilégios que pudessem afetar essas empresas devido ao fato de seu capital social, no todo ou em parte, ser proveniente do poder público. Daí as previsões específicas dos parágrafos do artigo 173, no sentido de que o regime próprio das empresas públicas e sociedades de economia mista é o de Direito Privado (§ 1º), afastando-se quaisquer privilégios advindos do setor público que possam afetá-las (§ 2º), estando elas também submetidas à concorrência (§ 4º) e às punições por condutas que desatendam à ordem econômica (§ 5º)²¹⁴.

Fica absolutamente claro, da leitura do artigo 173 em sua inteireza, que as sociedades de economia mista e as empresas públicas concorrem diretamente com o setor privado e atuam em fatias de mercado nas quais sejam absolutamente necessárias para o bom funcionamento da ordem econômica nacional²¹⁵. Nesse sentido, atendem ou a interesse público ou a razões de segurança nacional, mas, sempre, a interesses que superam aqueles egoísticos do particular, que as mais das vezes são apenas fundados

²¹³ As diferenças entre os dispositivos dos artigos 173 e 177, aliás, são importantes para compreender a intervenção no domínio econômico, mormente sob as categorias de intervenção (i) por participação e (ii) por absorção. Mas não nos adiantemos: a questão será retomada pouco mais adiante.

²¹⁴ A concorrência, aqui, designa concorrência direta com o setor privado — disciplinada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 —, diversamente daquela concorrência artificial criada pela regulação de setores do serviço público ou outros assemelhados, decorrentes da formulação jurídica nacional pós-privatização.

²¹⁵ Por isso a manifestação clara de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: *‘Empresas públicas e sociedades de economia mista são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em auxiliares do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados’* — **Curso...**, op. cit., p. 179.

na obtenção da maior lucratividade²¹⁶. O que deve ser sublinhado com bastante vigor é

²¹⁶ Nas palavras de BANDEIRA DE MELLO: *“O traço nuclear das empresas estatais, isto é, daquelas empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo insculpido em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certo norte para a interpretação destas pessoas. Conseqüentemente, aí está o critério retor para interpretação dos princípios jurídicos que lhe são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o **acidental** — suas personalidades de Direito Privado — em **essencial**, e o **essencial** — seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado — em **acidental**”* [sic] — **Curso...**, op. cit., p. 180. Aliás, confirmando esse traço nuclear, como quer BANDEIRA DE MELLO, veja-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 234-1/RJ, relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 15/09/1995, disponível em <www.stf.gov.br>, acesso em 18/04/2006, na qual discutiu-se dispositivo da Constituição Estadual do Rio de Janeiro criador de empecilhos exatamente ao juízo que o Estado deve fazer na manutenção, ou não, de empresa pública intervindo na economia — juízo esse que deve levar em consideração os pré-requisitos constitucionais de interesse público e razões de segurança nacional: *“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 69 e parágrafo único, e art. 99, inciso XXXIII. Alienação, pelo Estado, de ações de sociedade de economia mista. 2. Segundo os dispositivos impugnados, as ações de sociedade de economia mista do Estado do Rio de Janeiro não poderão ser alienadas, a qualquer título, sem autorização legislativa. Mesmo com autorização legislativa, as ações com direito a voto das sociedades aludidas só poderão ser alienadas, sem prejuízo de manter o Estado o controle acionário de 51% (cinquenta e um por cento), competindo, em qualquer hipótese, privativamente, à Assembléia Legislativa, sem participação, portanto, do Governador, autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista, bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado. 3. O art. 69, ‘caput’, da Constituição fluminense, ao exigir autorização legislativa para a alienação de ações das sociedades de economia mista, é constitucional, desde que se lhe confira interpretação conforme a qual não poderão ser alienadas, sem autorização legislativa, as ações de sociedade de economia mista que importem, para o Estado, a perda do controle do poder acionário. Isso significa que a autorização, por via de lei, há de ocorrer quando a alienação das ações implique transferência pelo Estado de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. A referida alienação de ações deve ser, no caso, compreendida na perspectiva do controle acionário da sociedade de economia mista, pois é tal posição que garante à pessoa administrativa a preponderância nas deliberações sociais e marca a natureza da entidade. 4. Alienação de ações em sociedade de economia mista e o ‘processo de privatização de bens públicos’. Lei federal nº 8031, de 12.4.1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização. Observa-se, pela norma do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8031/1990, a correlação entre as noções de ‘privatização’ e de ‘alienação pelo Poder Público de direitos concernentes ao controle acionário das sociedades de economia mista’, que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. 5. Quando se pretende sujeitar à autorização legislativa a alienação de ações em sociedade de economia mista, importa ter presente que isso só se faz indispensável se, efetivamente, da operação, resultar para o Estado a perda do controle acionário da entidade. Nesses limites, de tal modo, é que cumpre ter a validade da exigência de autorização legislativa prevista no art. 69, ‘caput’, da Constituição fluminense. 6. Julga-se, destarte, em parte, procedente, no ponto, a ação, para que se tenha como constitucional apenas essa interpretação do art. 69, ‘caput’, não sendo de exigir-se a autorização legislativa se a alienação de ações não importar perda do controle acionário da sociedade de economia mista, pelo Estado. 7. É inconstitucional o parágrafo único do art. 69 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, ao estipular que ‘as ações com direito a voto das sociedades de economia mista só poderão ser alienadas desde que mantido o controle acionário representado por 51% (cinquenta e um por cento) das ações’. Constituição Federal, arts. 170, 173 e parágrafos, e 174. Não é possível deixar de interpretar o sistema da Constituição Federal sobre a matéria em exame em conformidade com a natureza das atividades econômicas e, assim, com o dinamismo que lhes é inerente e a possibilidade de aconselhar periódicas mudanças nas formas de sua execução, notadamente quando revelam intervenção do Estado. O juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica,*

que essa intervenção direta é absolutamente excepcional. A decisão sobre o Estado intervir ou não na ordem econômica por via de empresa pública tem limites estreitos e pressupostos rigorosos, sendo inadmissível uma atuação que vise apenas à obtenção de lucros. Nessa linha, já não cabem mais os monopólios fiscais ou outras atividades de gênero assemelhado²¹⁷.

2.3 A INTERVENÇÃO DIRETA POR ABSORÇÃO

Certas atividades, todavia, estão, por exceção — estipulada pelos artigos 21, XXIII e 177 da Constituição Federal —, excluídas do campo de atuação econômica do Estado em concorrência com o particular: deve prestá-las, sob regime de monopólio, somente o Estado²¹⁸. São atividades defesas ao particular, que apenas pode as explorar,

com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e à vista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional. Não será, destarte, admissível, no sistema da Constituição Federal, que norma de Constituição estadual proíba, no Estado-membro, possa este reordenar, no âmbito da própria competência, sua posição na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevida ou desnecessariamente exploradas pelo setor público. 8. Não pode o constituinte estadual privar os Poderes Executivo e Legislativo do normal desempenho de suas atribuições institucionais, na linha do que estabelece a Constituição Federal, aplicável aos Estados-membros. 9. É, também, inconstitucional o inciso XXXIII do art. 99 da Constituição fluminense, ao atribuir competência privativa à Assembléia Legislativa ‘para autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado’. Não cabe excluir o Governador do Estado do processo para a autorização legislativa destinada a alienar ações do Estado em sociedade de economia mista. Constituição Federal, arts. 37, XIX, 48, V, e 84, VI, combinados com os arts. 25 e 66. 10. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, declarando-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 69 e do inciso XXXIII do art. 99, ambos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem assim para declarar parcialmente inconstitucional o art. 69, ‘caput’, da mesma Constituição, quanto a todas as interpretações que não sejam a de considerar exigível a autorização legislativa somente quando a alienação de ações do Estado em sociedade de economia mista implique a perda de seu controle acionário” [sic] [negritos nossos].

²¹⁷ Concordamos, de todo, com as palavras precisas de MARÇAL JUSTEN FILHO: ‘Deve-se ter em vista que os recursos públicos são escassos e limitados. Não há cabimento em aplicar recursos públicos de modo inadequado, ignorando a prioridade derivada da supremacia dos direitos fundamentais. Os recursos públicos não podem ser destinados ao desenvolvimento de atividades secundárias, irrelevantes — mesmo que lucrativas. A perspectiva da lucratividade não é justificativa suficiente para a assunção direta de uma atividade por parte do Estado’ — **Curso de Direito Administrativo**, p. 559.

²¹⁸ Uma das importantes e interessantes questões que se poderia trazer ao debate é o problema do monopólio exercido pela ECT — Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. O artigo 21, X da Constituição Federal diz, simplesmente, competir à União a manutenção de serviço postal e correio aéreo nacional. Nada, no texto constitucional, leva a concluir pelo monopólio da atividade. O Supremo

hipoteticamente, em regime de contrato de gestão²¹⁹. Trata-se de intervenção por absorção, porque parcelas inteiras de determinados segmentos econômicos — como, por exemplo, o refino de petróleo nacional ou estrangeiro (CF, art. 177, II) — são absorvidas pelo Estado para sua exclusiva atuação. E a diferença, aqui, daquelas parcelas de mercado previstas pelo art. 173 da Constituição, mostra-se em sua inteireza: nos artigos 21, XXIII e 177 não há concorrência, o regime é de exploração monopolística por designação constitucional²²⁰. No 173, bem ao contrário, há concorrência entre Estado e particulares — e daí a submissão a regime de Direito Privado, o que não será necessariamente verdadeiro nos casos dos artigos 21, XXIII e 177.

Razões as mais diversas, como bem lembra CELSO RIBEIRO BASTOS, são as utilizadas pelo constituinte para a instituição dessa atuação estatal em regime de exclusividade²²¹. De maneira geral, entretanto, essa atuação é assim para substituir exação fiscal (monopólios fiscais) ou por razões puramente políticas ou administrativas²²². Todavia, o que deve ser muito bem fixado é que tais atividades assim enumera-

Tribunal Federal, todavia, entendeu que o serviço de correio não apenas é monopólio estatal como também é serviço público — RE 220.906-9, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 14/11/2002 e RE 407.099-5, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 06.08.2004, disponíveis em <www.stf.gov.br>, acesso em 18/04/2006. A questão, contudo, permanece polêmica, existindo ainda outras ações sobre o tema para apreciação da Corte. Ainda sobre a matéria, CELSO RIBEIRO BASTOS desenvolve interessantíssima argumentação no tocante à impossibilidade de monopólio da ECT — **Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de Outubro de 1988)**, v. 7, p. 77-81 e 164-165.

²¹⁹ A possibilidade de atuação particular por via de contratos de gestão só passou a existir no § 1º do art. 177 com o advento da Emenda Constitucional nº 9/95 — *‘A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei’*. Antes, a redação original do § 1º o impedia: *‘O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º’*.

²²⁰ O § 2º do art. 25 da CF prevê que *‘Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação’*. JUSTEN FILHO entende que aqui há, também, previsão de exercício de atividade econômica monopolística pelo Estado. A despeito da remissão feita pelo texto à concessão, forma utilizada nas hipóteses de prestação de serviço público, ele não estaria caracterizado, eis que a prestação constante no aludido dispositivo não satisfaz nenhum direito fundamental, daí tratar-se de atividade econômica em sentido estrito — **Curso...**, *op. cit.*, p. 561.

²²¹ **Comentários...**, *op. cit.*, p. 164-165.

²²² Quanto aos monopólios fiscais, já referimos que eles não têm mais espaço dentro da atual sistemática da Constituição, especialmente se criados por lei, ordinária ou complementar, como era praxe no passado.

das são exclusivas do Estado e somente por ele podem ser exercidas, à exceção de determinadas atividades exercidas sob regime de contrato de gestão, nos moldes da nova redação do § 1º do art. 177 da CF.

2.4 A INTERVENÇÃO INDIRETA (POR DIREÇÃO E POR INDUÇÃO)

De outra parte, nos artigos 21, IX e 174 está contida a previsão de que o Estado, cumprindo seu papel de agente normativo e regulador da ordem econômica, deverá exercer, sempre em conformidade com o balizamento legal, funções de fiscalização, incentivo e planejamento, este último indicativo para o setor privado e determinante para o Poder Público. Tratam-se de duas modalidades de intervenção: (i) aquela por indução, por via da qual o Estado busca ordenar os fatores econômicos, exercendo sobre os agentes influências que produzam determinados resultados economicamente almejados; e (ii) aquela por direção, via pela qual a normalização estatal delimitará os comportamentos econômicos possíveis do particular.

Claramente, no primeiro caso, a obtenção de resultados dos agentes econômicos (particulares) é mediata, pois as previsões legais não têm o condão de, diretamente, obrigar tais agentes a produzirem os comportamentos econômicos esperados. É fundamental, por isso, que se obtenham tais comportamentos influenciando os agentes a adotá-los, utilizando-se incentivos ou desincentivos. Trataremos desse tema no capítulo subsequente, ligado à intervenção por indução — especificamente voltada ao campo tributário.

No segundo caso, a obtenção de resultados é imediatamente ligada à norma dirigente, pois o Estado determina, sob coação, que comportamento deve o agente econômico adotar. Essa modalidade abre campo ao que se chama, contemporaneamente, Direito Regulatório. Sua importância é capital, mas escapa dos lindes deste trabalho.

2.5 A PROBLEMÁTICA DO SERVIÇO PÚBLICO

Finalmente, o artigo 175 trata dos serviços públicos. Segrega, pois, uma certa

parcela da atividade econômica para torná-la apartada daquela atividade exercida pelos agentes econômicos particulares. Retira-lhes, ao menos enquanto detentores do segmento econômico, a titularidade da atividade através da *publicatio*, isto é, a publicização de certas atividades consideradas chaves, de modo que devem ser prestadas pelo Estado²²³.

A Constituição, todavia, não define, com precisão, o que sejam serviços públicos, deixando ao hermeneuta a compreensão de sua dimensão. Nesse sentido, examinando a conceituação de serviço público, a doutrina têm identificado três aspectos nos quais ela se desdobra: material, subjetivo e formal. O primeiro desses aspectos, o formal, respeita ao regime jurídico que é peculiar à prestação, ou seja, regime jurídico de Direito Público²²⁴. Já o aspecto material é algo mais complexo, por referir-se exatamente à atividade, à função do serviço público. Trata-se, portanto, de noção imbricada na própria idéia de finalidade do Estado, daí dizer-se que o serviço público trata de atividades que interessam a toda a coletividade — está em jogo, aqui, o interesse público. Esse é um aspecto, portanto, que se define em razão da própria natureza da atividade²²⁵. Nesse sentido, a atividade prestada é serviço público não porque exercido pelo Estado, mas, ao contrário, é exercido por via da aparelhagem estatal exatamente porque é público²²⁶. E, finalmente, o aspecto subjetivo respeita ao fato de ser o serviço público uma prestação efetivada por um organismo público, uma parte do aparelho estatal. O serviço público é, assim, uma parcela do Estado²²⁷. Tal consideração é meramente orgânica, e não pode ser apartada das outras anteriores, pois delas acessória²²⁸.

A partir desses três aspectos, amalgamados, é que se pode compreender o conceito de serviço público, em especial no ordenamento jurídico brasileiro. Defluindo da disposição constitucional do artigo 175, o serviço público é de titularidade do Estado e submete-se, por essa razão, ao regime jurídico próprio reservado às atuações estatais,

²²³ A *publicatio* é feita sempre por lei, mas deve respeito ao regime constitucional.

²²⁴ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**, p. 154.

²²⁵ *Ibid.*, p. 152-154.

²²⁶ *Ibid.*, p. 154. No mesmo sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 21.

²²⁷ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Ibid.*, p. 151-152.

²²⁸ MARÇAL JUSTEN FILHO, *Ibid.*, p. 20.

ainda que seja prestado por particulares por via de contrato de concessão ou permissão. A Constituição revela, nesse artigo, e por contraste com o antes analisado artigo 173, o campo de atuação do serviço público, qual seja, a atuação estatal em sentido amplo. Não define, porém, qual o exato papel dessa atuação, nem quais atividades estatais, alocadas fora do domínio econômico particular, podem ser objeto de serviço público — a despeito de designar diretamente como públicos, os serviços que arrola nos incisos XI e XII do artigo 21. Daí porque o conceito de serviço público não estar contido, de forma explícita, na Constituição. Um maior esforço hermenêutico para sua determinação é necessário e, nesse sentido, de grande relevância a observação de MARÇAL JUSTEN FILHO, ao dizer que o núcleo do conceito de serviço público reside em seu aspecto material²²⁹. Não é possível, pois, ao legislador, criar serviços públicos a seu talante. O regime constitucionalmente adotado deve ser observado, e o núcleo do instituto, residente na Constituição, deve ser respeitado. Não há liberdade, e esta observação deve ser bem apreendida, para a determinação dos serviços públicos. Só será público aquele serviço que respeitar a certos caracteres, encontráveis naquele núcleo²³⁰.

Essa identificação hermenêutica, todavia, ainda é insuficiente para abarcar toda a realidade brasileira dos serviços públicos, especialmente após a forte onda de desestatizações promovida no país no transcorrer da última década. Os problemas gerados, se de um lado são semelhantes aos enfrentados pela Comunidade Européia, de outro lado são completamente diversos. Nosso serviço público, a despeito de sua raiz francesa, tem características únicas, o que em muitos casos dificulta sobremaneira a interpretação das opções jurídicas tomadas pelo legislador. As zonas gris na diferenciação entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito foram ampliadas, e as consequências são demasiadamente relevantes para serem ignoradas.

²²⁹ **Teoria...**, *op. cit.*, p. 21.

²³⁰ *Id.* Para o autor, posição que aqui também adotamos, o aspecto material é aquele que reflete a "(...) *satisfação de necessidades individuais de natureza essencial*" — *Ibid.*, p. 20. E EROS ROBERTO GRAU procura determinar o traço essencial ao serviço público, identificando-o como "(...) *atividade indispensável à consecução da coesão social*", sempre vinculada, esta atividade, a um *interesse social*, alocado no conceito de *interesse público* — **A Ordem...**, *op. cit.*, p. 111. De outro lado, o interesse público tem seu núcleo duro afeto ao princípio da dignidade da pessoa humana. A respeito, cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Conceito...*, *op. cit.*, *passim*.

De uma parte, é verdade que já no desenho constitucional dos serviços públicos nem sempre é possível dizer que todos os serviços eleitos por via da *publicatio* estejam enquadrados naquele núcleo voltado à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais que identificamos. Assim, parte daquelas atividades que seriam desde logo classificadas como serviço público por designação constitucional — artigo 21, XI e XII — não se apresentam propriamente como serviços públicos *stricto sensu*. De outro lado, vários serviços públicos *stricto sensu* passaram a ser desempenhados por particulares após a desestatização das empresas públicas que os forneciam. Por essas razões, há quem identifique o surgimento de uma nova espécie de atividade econômica, que representaria conceito intermediário entre a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público: trata-se do serviço de interesse coletivo²³¹. O conceito assim elaborado representa um avanço doutrinário na tentativa de compreensão da zona gris alargada produzida pelas privatizações. Parece-nos, contudo, que ainda há largo campo de pesquisa aberto no tocante à temática, especialmente quando o problema referir-se à prestação, por particulares, de serviços essenciais à efetivação da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais ainda carentes de realização.

Todas essas considerações, no entanto, a despeito de sua relevância, ainda são insuficientes na determinação conceitual de quais as atividades estatais abarcadas pela idéia de serviço público. Atacamos, ainda que apenas chamando a atenção para as dificuldades, de um lado, a borda cinzenta do conceito de serviço público que toca a atividade econômica em sentido estrito. Seria preciso, ainda, de outro lado e para individualizar com maior precisão as prestações efetuadas sob a noção de serviço público, apartar tais atividades daquelas outras realizadas pelo Estado — como o são a prestação jurisdicional ou o exercício do poder de polícia —, a outra borda cinzenta do serviço público, em sua extremidade oposta. Contudo, dado o serviço público não ser o objeto principal da presente investigação e porque as noções já delineadas permitem, desde logo, compreender como ele se diferencia daquelas atividades prestadas em regime de livre concorrência, regradas pelo artigo 173 da Constituição Federal, abstermo-nos aqui

²³¹ Sobre o tema, conferir MARÇAL JUSTEN FILHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 459.

de considerações mais aprofundadas²³².

2.6 SÍNTESE: ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA

A classificação apresentada, portanto, encontra sede constitucional, podendo ser extraída da própria Constituição Federal: em termos simplificados, (i) o artigo 173 refere-se à intervenção direta por participação, (ii) o 177, à intervenção direta por absorção, (iii) o 174, às intervenções indiretas por indução e por direção e (iv) o 175, ao serviço público que, pertencendo à esfera mais ampla de atividades econômicas efetuadas pelo Estado, aparta-se da intervenção *stricto sensu*.

Na sequência, analisaremos mais de perto alguns dos desdobramentos do artigo 174 da Constituição Federal, pois os tributos objeto de nossa preocupação — as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico — operam exatamente uma intervenção por indução. Daí sua funcionalidade, expressa pela extrafiscalidade, ser primordial à sua compreensão. A questão posta a exame, todavia, não se resume à extrafiscalidade: há, também ali, intervenção por direção, na medida em que o produto da arrecadação das contribuições em apreço pode ser vinculado a uma determinada tarefa, financiando-a.

²³² Para uma pesquisa mais ampla referente à temática, cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 11-49 e **Curso...**, *op. cit.*, p. 457-459 e 478-555; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 611-642; GASPAR ARIÑO ORTIZ, **Princípios...**, *op. cit.*, p. 533-670; PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS, *Os Serviços...*, *op. cit.*, *passim*; e ALMIRO DO COUTO E SILVA, *Privatização...*, *op. cit.*, *passim*.

CAPÍTULO V — INTERVENÇÃO ESTATAL ECONÔMICO-TRIBUTÁRIA

“O Estado — o maquinário e o poder do Estado — é uma potencial fonte de recursos ou ameaças para cada indústria na sociedade. Com seu poder de proibir ou compelir, de tomar ou dar dinheiro, o Estado pode e seletivamente ajuda ou destrói um vasto número de indústrias”²³³.

‘Por último, por de trás desse intento de delimitação do conceito de Direito Econômico, devemos assinalar a necessária interpretação teleológica finalista, e não conceitual, de suas instituições. Com isso (...) entendemos que a interpretação e aplicação do Direito econômico devem se realizar com critérios jurídicos e econômicos, tendo em conta fundamentalmente a função econômica da norma, já que, se do que se trata é de ordenar ou regular a economia, é evidente que a interpretação deve ser de acordo com a ‘natureza das coisas’, que é econômica”²³⁴.

1 INTERVENÇÃO INDIRETA POR INDUÇÃO NA ECONOMIA

1.1 NOTA PRÉVIA

No capítulo anterior realizamos estudo das modalidades de intervenção na economia sob o ponto de vista constitucional, concluindo que essas modalidades são duas, a direta e a indireta, divididas por sua vez em quatro subespécies: as intervenções (i) por participação e (ii) por absorção, e as intervenções (iii) por direção e (iv) por indução, restando afastado dessa classificação o serviço público, de titularidade do Estado e, por isso mesmo, modalidade não interventiva — há atuação na ordem eco-

²³³ GEORGE J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in **The Citizen and the State: Essays on Regulation**, p. 114 — tradução livre nossa. No original: *‘The state — the machinery and power of the state — is a potential resource or threat to every industry in society. With its power to prohibit or compel, to take or give money, the state can e does selectively help or hurt a vast number of industries.’*”

²³⁴ GASPAR ARIÑO ORTIZ, **Principios...**, p. 16 — tradução livre nossa. No original: *‘Por último, tras este intento de delimitación del concepto de Derecho económico debemos señalar la necesaria interpretación teleológica finalista, y no conceptual de sus instituciones. Con ello (...) entendemos que la interpretación e aplicación de Derecho económico debe realizarse con criterios jurídicos e económicos, teniendo en cuenta fundamentalmente la función económica de la norma, ya que si do que se trata es de ordenar o regular la economía es evidente que la interpretación tiene que ser acorde con la ‘naturaleza de las cosas’, que es económica.’*”

nômica (em sentido amplo), mas não verdadeira intervenção²³⁵. Nesse espectro, o estudo das intervenções por participação e por absorção é bastante importante, mormente em virtude das diferenças de regime constitucional que afetam ambas as espécies. De outro lado, também é fundamental o estudo da intervenção por indução e da intervenção por direção — esta última diz respeito, de certo modo, embora nela não se esgote, à chamada atividade regulatória do Estado, tema dos mais relevantes na atualidade²³⁶.

Todavia, a despeito da importância das temáticas concernentes à intervenção na ordem econômica, interessa-nos, para efeito de nosso estudo, apenas a intervenção indireta, desdobrada em suas duas modalidades. Nosso estudo foca-se nas Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, cuja finalidade interventiva atua, exatamente, pela via indireta. Daí tratar o presente capítulo, com maior especificidade, exatamente dessa modalidade interventiva, centrada nas sanções premiais, que passaremos a analisar na seqüência.

1.2 AS SANÇÕES “PREMIAIS”

A idéia de sanções “premiais” não é de todo nova, mas sua introdução no Di-

²³⁵ Esse conceito, como também apontamos, está mudando, sobretudo após a onda de privatizações que passou o fornecimento de vários serviços públicos para os particulares, e a despeito desses serviços permanecerem de titularidade do Estado. Trataremos da temática assim posta mais à frente, quando cuidarmos das modalidades interventivas voltadas ao financiamento de certas atividades estatais, sugerindo a existência de uma nova categoria, a dos *serviços de interesse geral*.

²³⁶ De fato, a própria previsão constitucional que dá sustentação à possibilidade de regulação no Brasil é ainda objeto de investigação. A intervenção por direção, parece-nos, aloca-se no poder normativo e regulamentar do Estado, explicitado no artigo 174 da Constituição Federal. A polêmica, sobretudo, surgiu em meados dos anos 1990, com a onda massiva de “privatizações” — seria melhor dizer desestatizações, em conformidade com a previsão da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997 — realizadas pelos Executivos Federal, Estadual e Municipal. Surgem, nessa linha, as Agências Reguladoras, cuja finalidade é, em grande medida, a de atuar em mercados determinados de sorte a criar uma concorrência que, de outra maneira, não existiria nesses espaços. O tema é bastante novo no Brasil e merece estudo aprofundado, mas escapa em muito ao objeto do presente trabalho. Para maiores informações, cf. CARLOS ARI SUNFELD (coord.), **Direito Administrativo Econômico**, *passim*; LEILA CUÉLLAR, **As Agências...**, *op. cit.*, *passim*; MARÇAL JUSTEN FILHO, **O Direito...**, *op. cit.*, *passim*; CALIXTO SALOMÃO FILHO, **Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)**, *passim*; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, **Direito Regulatório: A Alternativa Participativa e Flexível para a Administração Pública de Relações Setoriais Complexas no Estado Democrático**, *passim*; e PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA, **Agências Reguladoras**, *passim*.

reito, há apenas trinta anos — década de 1970 —, deve-se em grande parte ao pioneirismo de NORBERTO BOBBIO em seus estudos sobre a funcionalidade jurídica²³⁷. Esse jurista argutamente observa o crescente aumento das técnicas de convencimento utilizadas pelo Direito, implicando mudança na função do Direito de uma atitude repressora para uma atitude promocional²³⁸. E tal mudança implica uma nova leitura das normas, notadamente sob a temática da sanção que, ao contrário do que estabelecido pela tradição do Direito, não é meramente repressiva, mas exerce também papel positivo: trata-se, exatamente, da chamada *função “promocional” do Direito*²³⁹.

²³⁷ Cf. especialmente *La Funcion Promocional del Derecho*, in NORBERTO BOBBIO, **Contribución a la Teoría del Derecho**, p. 367-381. Todos os ensaios de BOBBIO sobre a função ‘pre-mial’ do direito aqui utilizados foram também publicados no clássico **Dalla Struttura alla Funzione**: Nuovi Studi di Teoria Del Diritto. Tratamento interessante da funcionalidade jurídica a partir da mencionada obra do jurista italiano pode ser encontrado em SIMONE MARTINS SEBASTIÃO, **Tributo Ambiental**: Extrafiscalidade e Função Promocional do Direito, p. 29-38.

²³⁸ As técnicas de convencimento de BOBBIO são as normas indutoras, na denominação de LUIZ EDUARDO SHOUERI, **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**, *passim*. Exprime NORBERTO BOBBIO: *‘A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização que caracteriza o Estado contemporâneo não põe em crise necessariamente a imagem tradicional do Direito como ordenamento protetor-repressivo. O que põe em crise essa imagem, por outro lado, é a observação com a qual comecei: no Estado contemporâneo faz-se cada vez mais freqüente o uso das técnicas de convencimento. Apenas se começa a admitir o uso dessas técnicas e se está obrigado a abandonar a imagem tradicional do Direito como um ordenamento protetor-repressivo. Junto a ela toma forma uma nova imagem: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função **promocional**’* — *La Función...*, *op. cit.*, p. 375-376 — tradução livre nossa. No original: *‘La importancia dada al vertiginoso aumento de las normas de organización que caracteriza al Estado contemporáneo no pone en crisis necesariamente la imagen tradicional del Derecho como ordenamiento protector-represivo. Sí pone en crisis esta imagen, en cambio, la observación con la que he comenzado: en el Estado contemporáneo se hace cada vez más frecuente el uso de las técnicas de alentamiento. Apenas se empieza a advertir el uso de estas técnicas, se está obligado a abandonar la imagen tradicional del Derecho como ordenamiento protector-represivo. Junto a ella toma forma una nueva imagen: la del ordenamiento jurídico como ordenamiento con función **promocional**.’*

²³⁹ BOBBIO diferencia, com precisão, o ordenamento repressivo e o ordenamento promocional com respeito aos seus fins: *‘Pelo contrário, a técnica de convencimento tende não só a tutelar senão também a provocar o exercício dos atos conformes, desequilibrando a possibilidade de fazer frente à de não fazer, no caso dos atos permitidos, fazendo particularmente atrativos os atos obrigatórios e particularmente repugnantes os proibidos. Quanto aos atos desviantes, toma em consideração, atribuindo-lhes determinadas conseqüências, os atos desviantes por excesso, quer dizer, os atos superconformes, enquanto se torna cada vez mais tolerante com respeito a certos atos desviantes por defeito. A introdução da técnica de convencimento reflete uma verdadeira mudança na função do sistema normativo em seu conjunto, no modo de realizar o controle social; traça o passo de um controle passivo, que se preocupa mais em desfavorecer as ações nocivas do que favorecer as ações vantajosas, a um controle ativo que se preocupa em favorecer as ações vantajosas mais do que desfavorecer as ações nocivas.’* — *La Función...*, *op. cit.*, p. 377 — tradução livre nossa. No original: *‘Por el contrario, la técnica del alentamiento tiende no sólo a tutelar sino también a provocar el ejercicio de los atos conformes, desequilibrando la posibilidad de hacer frente a la de no hacer en el caso de*

Essa atitude implica, pois, refazer toda uma leitura do ordenamento jurídico, buscando agora um novo filtro, qual seja, aquele que se ocupa com a função das normas. É claro que tal função ainda remanesce, na grande maioria dos casos, submissa a uma utilidade repressiva. Mas é cada vez mais fundamental o uso de outras funções, que devem tomar parte na hermenêutica para que se chegue a uma mais adequada interpretação/aplicação do ordenamento jurídico. A pergunta que se faz, então, é: quais são essas outras funções possíveis à normatividade?

Dissemos, já, que não é possível falar em Direito como se fosse ele uma realidade universal, única para todos: ao contrário, cada ilha de realidade social, no mundo, possui um ordenamento próprio, que lhe é peculiar, daí falar-se em “*os Direitos*”. A pergunta que articulamos, portanto, deve ser relativizada. Devemos nos perguntar, mais do que qual é a função possível no Direito — abstratamente —, qual é a função possível em *nosso* Direito. A resposta, conquanto possa não ser unívoca, apenas pode ter uma única fonte de pesquisa: a Constituição Federal, pois é ela que institui e dá vida ao ordenamento jurídico nacional.

Estudando de perto a Constituição Federal, fica fácil perceber que a principiolgia estruturante da República Federativa do Brasil é aquela constante de seu Título I e que esses princípios é que devem orientar os objetivos normativamente perseguidos, não sendo possível ignorá-los nas construções jurídicas que pretendam interpretar/aplicar o ordenamento jurídico ou qualquer de suas partes²⁴⁰.

Claramente, essa principiolgia não é a única constante da Constituição, mas é

actos permitidos, haciendo particularmente atractivos los atos obligatorios y particularmente repugnantes los prohibidos. En cuanto a los actos desviantes, toma en consideración, atribuyéndoles determinadas consecuencias, los atos desviantes por exceso, es decir, los atos superconformes, mientras se vuelve cada vez más tolerante hacia ciertos actos desviantes por defecto. La introducción de la técnica del alentamiento refleja un verdadero cambio en la función del sistema normativo en su conjunto, en el modo de realizar el control social; traza el paso de un control pasivo, que se preocupa más de desfavorecer las acciones nocivas que de favorecer las acciones ventajosas, a un control activo que se preocupa de favorecer las acciones ventajosas más que de desfavorecer las acciones nocivas.”

²⁴⁰ Notadamente aqueles princípios inscritos no artigo 1º — soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político —, bem como os objetivos expressos no artigo 3º — construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

sua espinha dorsal: toda a hermenêutica constitucional passa por esses princípios, ainda que deva, concretamente, aplicar outras das disposições normativas espalhadas ao longo da Carta. É o que se dá no caso da Constituição Econômica: ela só pode ser corretamente interpretada se à luz dos princípios fundamentais formadores da República Federativa do Brasil. E claro, as especificidades próprias daquele Título devem também ser levadas em conta, de modo que, além daqueles mencionados princípios estruturantes, tomar-se-ão em conta os princípios inscritos no artigo 170, em sua plenitude, e mais quaisquer outros comandos específicos, de natureza principiológica ou não, porventura incidentes no caso concreto²⁴¹.

Tudo isso para dizer que, desdobrando-se as finalidades constitucionais eleitas por nosso ordenamento, as normas infraconstitucionais devem por elas ser interpretadas, ou filtradas, mormente em linha de promover-lhes os objetivos escolhidos pela Constituição. E tais objetivos não são necessariamente repressivos, senão que muitas vezes apresentam-se com forte conteúdo positivo, a exigir uma ação do Estado que seja, muito mais do que coercitiva, *incentivadora* ou *desincentivadora* de comportamentos. Por isso a necessidade de sanções, já não negativas, mas positivas.

Observe-se, no ponto, que o vocábulo *sanção* não deve ser tomado, como sói acontecer no universo jurídico, em sentido de mera negatização, atrelado à coerção estatal que por séculos tem sido a razão de ser do Direito. Anota BOBBIO que, longe desse sentido meramente adverso, filósofos e sociólogos compreendem na sanção também prêmios e recompensas²⁴². Como já restou sublinhado, porém, a funcionalidade jurídica espraia-se em campos diversos da coerção, necessitando de novas técnicas, e aqui inserem-se aquelas sanções, ainda pouco conhecidas dos juristas, que, contrariamente a um papel repressor, cumprem um papel que se diria fomentador, no sentido de produzir influência sobre os comportamentos, estimulando ou desestimulando certas condutas²⁴³.

²⁴¹ A interpretação, mormente a constitucional, como deixa bem consignado JUAREZ FREITAS, '(...) é sempre um processo tópico -sistemático' — **A Interpretação...**, *op. cit.*, p. 287.

²⁴² Las Sanciones Positivas, in NORBERTO BOBBIO, **Contribución...**, *op. cit.*, p. 383.

²⁴³ BOBBIO defende esse posicionamento com propriedade: '*Mas desde o momento em que pelas exigências do Estado assistencial contemporâneo o Direito não se limita já a tutelar atos con-*

Tendo assim compreendido o campo reservado às sanções positivas ou “pre-miais”, resta-nos saber como elas operam juridicamente. Tratam-se, como de resto toda a normatividade coativa, de previsões existentes na norma e que importam uma determinada consequência caso ocorra o evento descrito na hipótese. E é exatamente na consequência prevista que reside o segredo da operação das sanções positivas: essa consequência será estimulante se pretender-se que o agente pratique a conduta desejada, mas será desestimulante se pretender-se que o agente evite praticar a conduta indesejada, praticando uma outra em seu lugar ou simplesmente permanecendo omissos. Trata-se, devemos observar, de mera influência, não há proibição ou determinação para as condutas, sendo o agente livre para praticar as condutas que lhe são mais gravosas se assim o desejar, ou deixar de praticar aquelas condutas que lhe seriam mais benéficas, se assim escolher. Por esse motivo, descobrir como se comportam os agentes sob a influência de tais normas não é tarefa fácil, e algumas áreas do Direito têm, contemporaneamente, dedicado-se com afincos à descoberta de fórmulas para compreender o comportamento humano.

Uma das teorias mais interessantes a respeito do tema, importada da Ciência Econômica, é a teoria dos jogos, que pretende determinar, a partir de uma análise estatística, qual a probabilidade de que um determinado agente se comporte dessa ou daquela maneira²⁴⁴. Sua noção inicial parte do chamado dilema do prisioneiro, que pode

formas às suas normas senão que tende a estimular atos inovadores, e portanto sua função não é já somente protetora como também promocional, ao uso quase exclusivo das sanções negativas, que constituem a técnica específica da repressão, une-se um uso, não importa que seja ainda limitado, de sanções positivas que dão vida a uma técnica de estimulação e de propulsão de atos considerados socialmente úteis, mais que à repressão de atos considerados socialmente nocivos” — Las Sanciones..., op. cit., p. 384 — tradução livre nossa. No original: ‘Pero desde el momento en que por las exigencias del Estado asistencial contemporáneo el Derecho no se limita ya a tutelar actos conformes a sus normas sino que tiende a estimular actos innovadores, y por tanto su función no es ya solamente protectora sino también promocional, al uso casi exclusivo de sanciones negativas, que constituyen la técnica específica de la represión, se une un uso, no importa que sea todavía limitado, de sanciones positivas que dan vida a una técnica de estimulación y de propulsión de actos considerados socialmente útiles, más que a la represión de actos considerados socialmente nocivos.’

²⁴⁴ Para MARÇAL JUSTEN FILHO, ‘Na essência, a teoria dos jogos reconhece que a conduta a ser adotada por um sujeito, em face de um certo conflito em face de terceiros, é fortemente influenciada pelas expectativas relacionadas à conduta alheia. Uma pessoa adota suas decisões não apenas como uma solução puramente pessoal. Toma em vista o conjunto de ações e reações pessoais e do outro, tal como os possíveis resultados que poderão ser obtidos a partir da conjugação desses fatores. A teoria dos jogos alicerça-se na concepção de que a decisão adotada individualmente é pro-

ser assim descrito: dois sujeitos são presos acusados da prática de um determinado crime em concurso de agentes entre si. Colocados em celas separadas e sem comunicação nenhuma entre si, a cada um dos dois prisioneiros são dadas três opções: (i) se um deles confessar o crime e imputar sua prática ao outro, será liberado e o segundo prisioneiro condenado a dez anos de cadeia; (ii) se, de outro lado, ambos confessarem, serão condenados a cinco anos de prisão cada um; e (iii) se nenhum confessar, serão condenados ambos a um ano de prisão. Veja-se que o dilema existe porque, para cada hipótese apresentada a um dos prisioneiros, há uma consequência que depende da decisão tomada pelo outro prisioneiro. Por isso, o que se estuda estatisticamente na teoria dos jogos é a possibilidade e a probabilidade das escolhas relevantes tomadas por outros agentes. Essa característica torna-a uma teoria importantíssima na economia, na medida em que se procura determinar a probabilidade de comportamento dos agentes econômicos. O mesmo, pode-se dizer, ocorre no Direito, que também é uma Ciência cujo objeto, a norma, se volta ao comportamento humano, especialmente quando o que se pretende é influenciar o comportamento econômico dos agentes²⁴⁵.

De outro lado, numerosas outras técnicas advindas da Sociologia, da Psicologia ou de outras Ciências que possuam ferramentas adequadas para compreender o comportamento humano são essenciais para a formulação de normas indutoras — normas que possuam sanções positivas, aptas a estimular ou desestimular condutas

duto de uma avaliação racional acerca da obtenção da melhor relação custo-benefício possível — o que não significa assumir que se trata de uma estimativa puramente econômica. A natureza do custo ou do benefício depende das circunstâncias e o que o sujeito sempre pretende é obter a maior vantagem possível a partir das escolhas realizadas” — O Direito..., op. cit., p. 48.

²⁴⁵ Observa com argúcia JUSTEN FILHO: “O dilema do prisioneiro traduz o problema de eleição da própria conduta em face de uma escolha relevante a ser realizada por outrem. O absoluto egoísmo pode propiciar vantagens para um sujeito apenas na medida em que o próximo não adotar idêntica proposta. Ou seja, o sujeito poderá livrar-se com absoluta vantagem apenas se o cúmplice recusar a oferta de promover também ele a denúncia. Se ambos os prisioneiros atuarem com idêntico egoísmo, serão ambos condenados a cinco anos de prisão. Mas se atuarem com idêntico **espírito de colaboração**, sua pena será de um ano. Qual a solução lógica a adotar em tal cenário? Ressalte-se que não se trata de examinar o tema sob o prisma axiológico. Em princípio, a melhor solução teórica parece ser a da falsidade do problema — mas apenas sob o ponto de vista abstrato, eis que, na vida real, situações dessa ordem existem” — **O Direito...**, op. cit., p. 48-49. Para um estudo mais aprofundado acerca da aplicação da teoria dos jogos ao Direito, cf. DOUGLAS G. BAIRD, ROBERT H. GERTNER e RANDAL C. PICKER, **Game Theory and the Law**, *passim*.

escolhidas²⁴⁶.

No caso das normas de conteúdo econômico — como o são as normas tributárias —, elas podem atuar — embora, é verdade, nem sempre o façam, como veremos mais adiante — pela manipulação dos custos econômicos. Quando essa manipulação pela via tributária for intencional, como veremos já na sequência, teremos caracterizada a *extrafiscalidade*.

1.3 A EXTRAFISCALIDADE: FUNCIONALIZAÇÃO *CONSCIENTE* DO TRIBUTO

Classicamente, a tributação sempre foi vista como forma de obtenção de rendas para o financiamento das políticas públicas perseguidas pelos Estados, ou, mais simplesmente, para o financiamento do Estado²⁴⁷. Essa função, coativa, é denominada *função fiscal*, porque se atem à obtenção de renda financeira. A tributação ideal, como classicamente compreendida, a despeito de seu evidente propósito arrecadatório, deve ser sempre neutra e interferir o menos possível na vida econômica dos particulares, deixando a propriedade privada livre de interferências estatais para que seja utilizada como bem aprouver ao administrado.

Uma radiografia econômica do tributo, no entanto, demonstrará que a tributação nunca é neutra: ela impõe ao contribuinte, como de resto praticamente toda a normatividade jurídica, um custo²⁴⁸. E, ao impor esse custo ao contribuinte, a tributação

²⁴⁶ Anotamos que tanto a teoria dos jogos quanto outras possíveis técnicas serão aplicáveis no momento pré-legislativo, ou seja, são técnicas auxiliares da produção do texto normativo e que, por isso mesmo, são importantes, na medida em que ajudam a formular regras que possibilitam influir no comportamento humano, estruturando sanção premial, quer positiva, quer negativa.

²⁴⁷ Assim ATALIBA: “A justificação da tributação está na necessidade de recursos que tem o Estado” — **Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário**, p. 91.

²⁴⁸ ATALIBA confirma essa idéia: “É, com efeito, notável que a tributação exerce influências instigantes ou depressivas, na economia em geral. Não existem e não parece que possam existir as sonhadas *finanças neutras*” — **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**, p. 150. A respeito da influência do Direito sobre os custos econômicos, cf. RONALD H. COASE, **The Firm, The Market and The Law**, especialmente p. 95-156 e 174-179. Fazendo uma análise econômica de alguns casos jurídicos concretos, COASE demonstra que, caso inexistissem quaisquer custos econômicos — na hipótese particular, custos de transação —, qualquer determinação jurídica sobre a conduta das pessoas não teria o condão de influir nos arranjos econômicos que buscassem maior eficiência alocativa. O estudo restringe-se a casos de condenações a indenização, mas pode ser facilmente expandido para compreender a normatividade abstrata. Contudo, diz o autor ser essa hipótese meramente teórica,

influencia seus comportamentos econômicos. Essa característica, como bem revela ATALIBA, é inerente ao tributo²⁴⁹. Quando tal característica for utilizada intencionalmente para obter comportamentos dos indivíduos, aumentando ou diminuindo o custo das operações econômicas pelo aumento ou diminuição do tributo, estaremos diante do fenômeno denominado *extrafiscalidade*²⁵⁰. Daí ser possível dizer que a dicotomia fiscalidade/extrafiscalidade respeita ao caráter *teleológico*, ou *funcional*, do tri-

pois no mundo real existem custos, e as determinações judiciais, ou a própria normatividade abstrata, assim, podem ser suficientemente poderosas para vedar realocações de riquezas econômicas direcionadas à máxima eficiência. Desse modo, conquanto o objetivo último de RONALD COASE seja argumentar que essa influência do Direito sobre a Economia produz a necessidade de uma análise econômica dos casos jurídicos — e, extensivamente, do Direito como um todo, como mais tarde o farão, por exemplo, GARY BECKER e RICHARD POSNER, seus colegas na Universidade de Chicago, fundando a escola da *Law & Economics* —, conduzindo-os para uma solução tendente ao ótimo de Pareto — idéia que afastamos no capítulo III —, suas lições são muito importantes, pois sublinham de maneira vigorosa a possibilidade reservada ao Direito de mudar a realidade econômica, impondo-lhe valores outros que não aquele da máxima eficiência alocativa.

²⁴⁹ Sistema..., *op. cit.*, p. 150.

²⁵⁰ O economista norte-americano JOSEPH E. STIGLITZ fornece um exemplo claro de severa intervenção extrafiscal ocorrida em seu país na década de 1980, bem como as consequências sobre o comportamento dos agentes que uma intervenção mal formulada pode gerar, mormente se essa intervenção é combinada com uma situação econômica que já apresenta algumas dificuldades: *‘Internamente, as altíssimas taxas de juros não só destruíram a inflação; elas arruinaram os bancos do país, especialmente suas instituições de poupança e empréstimo (S&L), especializadas em hipotecas imobiliárias. Embora as taxas de juros que elas recebiam sobre as hipotecas já emitidas fossem fixas, as taxas pagas aos depositantes elevaram-se e as S&Ls efetivamente estavam insolventes. (...)’*

Pressionados contra a parede, as S&Ls começaram a fazer empréstimos ao mercado imobiliário. A ‘reforma tributária’ de Reagan, de 1981, agravou os problemas, ao permitir uma depreciação acelerada e conceder outras grandes isenções fiscais aos investidores imobiliários, que, perspicazes, perceberam que as novas regras eram tão boas que não durariam para sempre e decidiram se aproveitar delas imediatamente. As isenções do setor imobiliário proliferaram e torres de escritório inúteis foram erguidas em todas as cidades. Em meados dos anos 80, as taxas de desocupação em algumas áreas metropolitanas ultrapassavam os 30%. Então, sob a crítica crescente à sua generosidade tributária, o governo Reagan mudou o curso com a reforma tributária de 1986, que não somente subtraiu os benefícios desmedidos, como impôs restrições rigorosas sobre as isenções de impostos.

Exatamente como a legislação tributária de 1981 havia alimentado o boom, a de 1986 acelerou o inevitável colapso. Sem as vantagens tributárias, a bolha do mercado imobiliário estourou. Os preços despencaram, as hipotecas não foram pagas e os especuladores quebraram. Por volta de 1988, as S&Ls não estavam apenas doentes; necessitavam de terapia intensiva. E elas receberam esse cuidado, na forma de imensos socorros do governo. Mas o presidente Reagan realizara o que, talvez, pretendesse; foi preciso quase uma década para que os equívocos do início dos anos 80 — taxas de juros exorbitantes, desregulamentação negligente e técnicas contábeis extravagantes — se tornassem totalmente claros e precisassem ser enfrentados. Essa foi a herança de Reagan para seu ex-vice-presidente, George H. W. Bush, que teve de socorrer os bancos a um alto custo para o orçamento federal — mais de 100 bilhões de dólares — e a economia nacional; de uma maneira muito lenta, foi armado o palco para a recessão que se seguiu pelos dois anos posteriores” — Os Exuberantes Anos 90: Uma Nova Interpretação da Década mais Próspera da História, p. 65-67.

buto.

Em outras palavras, toma-se, portanto, um aspecto, uma característica das normas tributárias — a de alterar os custos econômicos experimentados pelos contribuintes — e, potencializando-a, adiciona-se outra função àquela que já era a função primordial da normatividade arrecadadora: uma função que, induzindo comportamentos, é alheia àquela primordial, fiscal, é externa a ela, é *extrafiscal*²⁵¹. Estamos, pois, no campo daquelas normas que instituem sanções “premiais”, à maneira de BOBBIO, ainda que negativas: são normas indutoras de comportamento e que pretendem exercer intervenção no domínio econômico, a qual se aloca exatamente na indutividade de comportamentos, conforme a classificação anteriormente exposta²⁵².

Ao adotar o legislador a postura descrita, de intervir no domínio econômico através da indução de condutas pela via do estímulo/desestímulo tributário, procede ele

²⁵¹ Para JOSÉ CASALTA NABAIS, “A *extrafiscalidade* traduz -se no conjunto de normas que, embora formalmente integrem o direito fiscal, tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados económicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas. Trata-se assim de normas (fiscais) que, ao preverem uma tributação, isto é, uma ablação ou amputação pecuniária (impostos), ou uma não tributação ou uma tributação menor à requerida pelo critério da capacidade contributiva, isto é, uma renúncia total ou parcial a essa ablação ou amputação (benefícios fiscais), estão dominadas pelo intuito de actuar directamente sobre os comportamentos económicos e sociais dos seus destinatários, desincentivando-os, neutralizando-os nos seus efeitos económicos e sociais ou fomentando-os, ou seja, de normas que contêm medidas de política económica e social” [sic] — **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**, p. 629. Já LUÍS EDUARDO SCHOUERI entende que a extrafiscalidade é um gênero e uma espécie. Como gênero, ela “(...) inclui todos os casos não vinculados nem à distribuição equitativa da carga tributária, nem à simplificação do sistema tributário” — **Normas Tributárias...**, op. cit., p. 32. Ou seja, para o autor o gênero extrafiscalidade é bastante amplo e inclui normas que não são, necessariamente, tributárias. Já a espécie, que poderíamos denominar de extrafiscalidade *stricto sensu*, é mais restrita, limitando sua abrangência à utilização do instrumental tributário com objetivos ordinatórios, modificadores da realidade, sendo esse sentido estrito o mais comumente empregado pela doutrina — *Ibid.*, p. 33. SCHOUERI, contudo, prefere utilizar a expressão *normas tributárias indutoras* para nominar a espécie, e o faz buscando não apenas superar a ambigüidade do termo extrafiscalidade, mas também com “(...) o firme propósito de não deixar escapar a evidência de, conquanto se tratando de instrumentos a serviço do Estado na intervenção por indução, não perderem tais normas a característica de serem elas, ao mesmo tempo, relativas a tributos e portando sujeitas a princípios e regras próprias do campo tributário” — *Ibid.*, p. 34.

²⁵² A tributação não precisa sempre e necessariamente utilizar, em sua função extrafiscal, as sanções “premiais” negativas. Ao contrário, a situação mais comumente encontrada na prática é a das sanções “premiais” positivas, pelas quais a redução no importe do tributo, com evidente redução nos custos econômicos para o contribuinte, busca estimular os agentes econômicos à prática de determinadas condutas. É o caso, muito freqüente, daqueles Municípios que concedem isenção, redução ou diferimento dos tributos de sua competência para as indústrias que ali venham a se instalar.

ao que podemos denominar de uma *funcionalização consciente do tributo*. Não que o tributo já não tivesse marcada previamente uma função, a arrecadadora, mas essa função é agora adicionada de forma absolutamente consciente a uma outra: a interventiva, ou indutora, se preferirmos especificar, já que a intervenção se fará por indução. Essa tomada de posição absolutamente consciente do legislador implica aquela dicotomia, antes mencionada, referida à tributação fiscal/extrafiscal. Claramente, se não houver na legislação tributária um delineamento *consciente* da função extrafiscal, ela será fiscal, ainda que efeitos extrafiscais possam existir²⁵³. Nada disso quer dizer, no entanto, que a dicotomia seja absoluta.

De fato, não existe uma separação ideal entre a fiscalidade e a extrafiscalidade. Ambas as funções convivem dentro de um mesmo instituto: o tributo. Certas figuras tributárias serão eminentemente arrecadatórias — como é o caso do Imposto sobre a Renda ou do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços —, outras terão uma forte marca indutora — como nas hipóteses já clássicas do Imposto de Importação e do Imposto de Exportação. Mas é importante deixar assinalado que as primeiras — fiscais — produzirão efeitos extrafiscais, e as segundas — extrafiscais — produzirão resultados fiscais. Por esse motivo, a diferença entre as duas funções tributárias é tipológica, não sendo marcada, em nenhuma hipótese, por um conceito específico²⁵⁴. Assim, jamais poderemos dizer que as funções que marcam os tributos são exclusivas, e que uma determinada exação tributária possa ter função apenas arrecadatória ou apenas interventiva. Ao contrário, temos que entender que em cada uma dessas situações haverá uma função que, não sendo a única, eis que a outra estará também presente, será a predominante²⁵⁵. Por isso, o que demarcará de modo agudo a diferença de fun-

²⁵³ As técnicas construídas para se obter o denominado planejamento fiscal — ou, mais tecnicamente, planejamento tributário — nascem exatamente do desejo do contribuinte de escapar a uma tributação mais rigorosa. Esse é um efeito extrafiscal, ainda que absolutamente indesejado pelo legislador.

²⁵⁴ Utilizamos as expressões *tipo* e *conceito específico* no sentido que lhes dá MISABEL DERZI. Cf. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**, *passim*.

²⁵⁵ JOSÉ CASALTA NABAIS discorre sobre o tema com absoluta clareza, para dizer que '(...) a função económica e a função fiscal dos impostos em rigor não se apresentam contrapostas nem separadas, mas sim imbricadas numa relação de recíproca dependência. É que, só o florescimento da economia, no seu todo e nas suas componentes, preenche o pressuposto para o estado obter as receitas fiscais necessárias ao financiamento das suas tarefas. Daí que esta 'economização' da tribu-

ções será sua previsão — explícita ou implícita, mas sempre identificável — na normatividade tributária sob análise. Daí termos já afirmado que a funcionalização tributária é *consciente*: deverá haver a opção clara em um sentido ou noutro.

No sistema da Constituição de 1988, as opções são claras e já foram desenhadas pelo constituinte. Não há uma liberdade plena para a criação de funcionalidades que não estejam previstas na Constituição. A compreensão de que a função extrafiscal está delineada desde logo no texto constitucional é fundamental para afastar eventuais abusos, em que o Executivo, imaginando-se imune a quaisquer controles, estabeleça tributos extrafiscais sob pretextos vários mas que, ao fim e ao cabo, sejam de índole marcadamente arrecadatória, em evidente fraude à funcionalidade constitucionalmente prevista. Trataremos essa questão com maior profundidade em item posterior, que versará sobre a problemática da Desvinculação de Receitas da União (DRU).

Antes, porém, importa demarcarmos com alguma acuidade o campo constitucional que dominará a hermenêutica dessas normas tributárias extrafiscais. De plano, resta clara nossa opção pela predominância da Constituição Econômica na principiologia orientadora de tal normatividade, o que se depreende do próprio lugar geográfico, no presente trabalho, em que passamos a tratar da extrafiscalidade. Entendemos, e já o raciocínio desenvolvido em todo o presente item deixa nosso posicionamento às claras,

*tação esteja, ao fim e ao cabo, ao serviço da própria obtenção de receitas, e a função económica da tributação **prima facie** extrafiscal tenha assim carácter fiscal” [sic] — O Dever..., op. cit., p. 234. Mais adiante, o autor expressa que ‘(...) a c ompreensão constitucional adequada do imposto no estado fiscal social passa, em nossa opinião, por uma divisão entre impostos fiscais — prioritariamente orientados, a nível dos objectivos ou dos efeitos, para a prossecução de interesses públicos secundários finais. Divisão esta que mais não é do que um dos aspectos da divisão dicotómica mais ampla do conjunto das normas de direito fiscal, que separa as normas com objectivo fiscal — que podemos designar por direito fiscal clássico ou típico — sujeito à constituição fiscal, em que sobressaiem os princípios da legalidade fiscal e da capacidade contributiva, das normas com objectivo extrafiscal — que podemos designar por ‘direito económico fiscal’ ou direito social fiscal — que é dominado pela constituição económica geral ou constituição do intervencionismo económico-social e pelo respeito imediato dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. O que não significa, diga-se já, que uma tal divisão dicotómica das normas de direito fiscal seja de conceber em termos absolutos ou ‘definitórios’, mas tão-só em termos essenciais ou ‘tipológicos’, o que leva a que as ‘normas fiscais’ também possam, de algum modo, ser testadas com base na teoria dos direitos fundamentais, na medida em que acabem por afectar os direitos, liberdades e garantias fundamentais (o que é susceptível de vir a verificar-se sobretudo relativamente aos direitos ou liberdades fundamentais de natureza económica), e que as ‘normas extrafiscais’ não sejam totalmente alheias aos princípios da legalidade fiscal e da capacidade contributiva, uma vez que estas ainda utilizam o instrumento fiscal como meio de obter determinados comportamentos dos cidadãos” [sic] — Ibid., p. 247-248.*

que a extrafiscalidade é modo de intervenção por indução na economia. E, se assim é, então os princípios que orientam sua criação e compatibilidade constitucional são aqueles constantes do Título VII da Constituição Federal.

Essa afirmação é correta, mas representa apenas uma meia-verdade. As normas extrafiscais, como pensamos ter explicitado poucas linhas atrás, são também *fiscais*. E isso implica que seu pressuposto formal de instituição — ainda que o pressuposto material esteja alocado na Constituição Econômica — situa-se na Constituição Tributária, *i.e.*, naquela parte da Constituição Federal que regra a produção de normas tributárias — Título VI da CF: “Da Tributação e do Orçamento”. Assim, ambos os pressupostos devem conjugar-se na compreensão dos tributos extrafiscais, pois ambos lhes fornecerão as possibilidades e os limites²⁵⁶.

2 INTERVENÇÃO INDIRETA POR DIREÇÃO NA ECONOMIA

2.1 A FISCALIDADE TELEOLÓGICA: VINCULAÇÃO DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO

Se, de um lado, é possível que as CIDE’s atuem realizando função extrafiscal, de outro, também, sua funcionalidade pode ser cumprida por via de atuação fiscal.

²⁵⁶ No mesmo sentido, diz CASALTA NABAIS que “(...) o exame constitucional das normas de direito fiscal deve, em princípio, ser realizado através duma ‘dupla via’: os efeitos oneradores serão examinados com base no princípio da capacidade contributiva, e os efeitos conformadores com base nos direitos fundamentais de liberdade. Por conseguinte uma norma fiscal será constitucional quando, tanto os efeitos oneradores (ou de repartição) como os efeitos conformadores (ou de direção), correspondam ao respectivo critério, e será inconstitucional quando uns ou outros violem as correspondentes normas constitucionais” [sic] — **O Dever...**, *op. cit.*, p. 647. E mais adiante: “Por isso, somos de opinião que há que separar dicotomicamente as normas fiscais das normas extrafiscais, ordenando aquelas, como direito fiscal (clássico) que são, aos princípios jurídico-constitucionais da ‘constituição fiscal’, e estas, como direito económico (fiscal) que são, aos princípios jurídico-constitucionais da ‘constituição económica’. Daí que aquelas hão-de obedecer primordialmente aos princípios da legalidade económica e da igualdade e da proporcionalidade **lato sensu** na intervenção económico-social. Todavia, dado o instrumento utilizado nesta intervenção ser o instrumento fiscal, há que articular ou harmonizar as exigências constitucionais, válidas para este instrumento, com as válidas para aquela intervenção, não podendo, por conseguinte, relativamente às normas extrafiscais, e designadamente às disciplinadoras dos benefícios fiscais, valer exclusiva e estritamente a mencionada constituição económica. Nomeadamente, o princípio da legalidade a observar neste domínio não se contentará totalmente com as fracas exigências desse princípio no domínio do direito económico, enquanto a idéia de capacidade contributiva não pode deixar de estar presente como seu pressuposto” [sic] — *Ibid.*, p. 648.

Nesse caso, sua função arrecadatória será de extrema importância, porém sempre umbilicalmente ligada ao produto arrecadado, que deverá servir ao financiamento *lato sensu* da intervenção²⁵⁷.

A contemporaneidade assiste a um Estado premido por uma série de comandos constitucionais, econômicos ou não, pendentes de realização, sobretudo aqueles ligados à estrutura óssea dos direitos fundamentais, com sede no princípio da dignidade da pessoa humana. Implementar tal dignidade da pessoa humana, e ainda garantir a concorrência, a liberdade de iniciativa e a propriedade — todos importantes princípios constitucionais que formam a base ideológica de nossa Carta Política — é uma das funções das quais o Estado — trata-se, tenhamos presente, de Estado Democrático de Direito — não pode prescindir²⁵⁸. A estrutura constitucional que orienta a atuação desses valores torna tais princípios vetores da atividade positiva estatal, quer ela se revele pela via normativa — ação indutora, como acabamos de estudar no item supra —, quer pela via de outras ações realizadas pelo Estado²⁵⁹. Estas últimas, realizadas por direção, são o objeto do presente item, no qual se buscará revelar como pode operar essa

²⁵⁷ Dizemos financiamento *lato sensu* porque não estamos aqui nos ocupando de eventuais diferenças entre financiamento de atividade e benefício concedido sob a forma de subvenção, mas pretendemos abranger ambas as categorias e mais quaisquer outras que lhes sejam assemelhadas. O que se quer enfatizar é que, em todas essas situações, o Estado terá um custo financeiro que será coberto exatamente pelos montantes arrecadados na tributação. Essa vinculação estreita que queremos sublinhar é característica *inafastável* de certos tributos, notadamente as contribuições, de um modo geral, e de modo mais específico as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico.

²⁵⁸ Nesse mesmo sentido expressa-se MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI: “A expressão *Estado Democrático de Direito* é, assim, amplíssima. Não pode ser mera concepção formal. A forma legal é apenas um dentre outros elementos que compõem a idéia de Estado Democrático. Compreendidos os seus fundamentos (art. 2º) e os seus objetivos (art. 3º), ao lado da lei como forma, estão outros dados dela necessariamente integrantes, como a estrutura econômica e social, o desenvolvimento, a justiça e a igualdade, enfim, as metas a alcançar e os meios materiais utilizáveis (por meio da lei). Enfim, Estado Democrático é antes noção de sistema político, o qual abrange não só instituições governamentais, formalmente consideradas, como ainda valores e diretrizes adotadas pela Constituição” — Contribuições Sociais, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Contribuições Sociais**, p. 115.

²⁵⁹ Quer-se enfatizar aqui a ação do Estado, e não sua omissão. É evidente que, em muitas situações, para que a axiologia constitucional seja atendida, o Estado deve permanecer omissor. Mas essa idéia, certamente advinda dos idos do liberalismo dezenovecentista, não deve prevalecer. Mesmo a garantia de inação do Estado produz, por via oblíqua, outra ação, em sentido diverso: a de evitar que terceiros possam prejudicar a liberdade já existente. São ações garantistas, é verdade, mas são ações, e sempre positivas. O Estado não é mais omissor: ele participa da vida econômica. Quando não a dirige, garante-a.

intervenção, em especial se considerada a via da imposição tributária.

É preciso, pois, ter bem claro, a respeito das intervenções ora sob análise, que elas se fazem, de um lado, pela injeção de capitais em setores econômicos que necessitam de verbas para poderem funcionar perfeitamente, ou para funcionarem da maneira como o Estado, idealmente, pretende que o façam. De outro lado, tratam-se de atividades econômicas cuja melhoria não depende de ações que possam ser praticadas pelo particular e por isso nele induzidas, mas do fornecimento de condições materiais para sua realização. Em outras palavras, as atividades aqui mencionadas são atividades auxiliares de um determinado plexo econômico específico, mas com ele não se confundem. É o caso, por exemplo, da implementação e manutenção de infra-estruturas que permitam a atividade do particular prosseguir, ou da realização de pesquisas científicas que ajudem o desenvolvimento tecnológico daquele específico setor no qual atua o agente econômico.

São atividades, portanto, que demandam, para além de esforço material — v.g., a construção das infra-estruturas ou a efetiva pesquisa por cientistas contratados com esse propósito —, investimento monetário. Um exemplo de muito fácil compreensão do campo aberto a essas realizações do Estado e que demandam investimentos específicos é a universalização dos serviços públicos. Na atual configuração, com uma série de serviços públicos sendo prestados em regime de concessão, a universalização de tais serviços surge dificultada, uma vez que os concessionários podem não ter interesse em explorar partes da demanda pelo serviço que prestam, em razão de que pouco ou nenhum benefício econômico advirá do investimento. É freqüente que universalização e lucratividade sejam excludentes.

Exatamente para superar essa falta de investimento na universalização do serviço público por parte do particular o Estado realiza, ele mesmo — ou financia terceiros, em geral o próprio concessionário —, as prestações necessárias²⁶⁰. Duas formas

²⁶⁰ Não cabe cogitar, neste tópico, das especificidades do serviço público ligadas à atuação tributária interventiva. O serviço público, como visto no capítulo anterior, é atividade econômica *lato sensu*, afastada pois do domínio econômico *stricto sensu* — domínio, pois, de terceiros, do particular —, no qual é cabível a intervenção. A questão que surge nesse passo é: pode, então, ser o serviço público objeto da intervenção de que ora cogitamos? O questionamento assim formulado será matéria de

tributárias de obtenção de financiamento então se apresentam: (i) ou o Estado faz previsões orçamentárias e dedica parte da arrecadação geral para a realização dessas prestações, ou (ii) institui tributação específica no setor, buscando arrecadar os valores suficientes à realização da tarefa estatal e vinculando os importes obtidos à necessária intervenção.

É dessa segunda opção que cogitamos aqui: a instituição de tributo específico que permita a atuação estatal, obtendo a verba necessária à realização do objetivo estatuído — daí, também, sua característica funcional, voltada a tributação a uma orientação finalística, conquanto não extrafiscal²⁶¹. Poderíamos dizer que aqui habita o que houvemos por bem nomear *fiscalidade teleológica*. A terminologia escolhida, porém, é plástica, imprecisa e contraditória — para não dizer pleonástica —, de modo que antes devemos abrir breves parêntesis para determinarmos seu conteúdo.

De fato, nos casos em que a tributação se volta à consecução de valores monetários para o Estado — independentemente ainda, nesse passo, do destino a ser dado a tais valores —, estaremos diante de função fiscal²⁶². Todavia, a arrecadação não é condição suficiente para garantir a implementação daquelas políticas públicas específicas consistentes na prestação de materialidades fruíveis pelos agentes econômicos — a exemplo, como dissemos, da construção e manutenção de infra-estruturas ou da universalização de serviços públicos, dentre outras. Caso a implementação dessas materialidades absolutamente necessárias seja deixada ao orçamento geral do Estado, nenhuma garantia haverá de sua realização. Desse modo, se o que se quer é garantir, de maneira cabal e incontornável, a implementação daqueles objetivos, a única resposta possível é fugir ao caixa-geral: deve-se destinar a verba, já desde o momento de sua arrecadação, para a persecução das finalidades desejadas. Isso implica vincular, desde logo, a arrecadação efetuada a uma finalidade²⁶³.

maior detalhamento analítico em item ulterior.

²⁶¹ Ou nem sempre extrafiscal, dado que, em alguns momentos, também a função extrafiscal combinar-se-á com essa função fiscal teleológica, como passaremos a esclarecer nas próximas linhas.

²⁶² Jamais pura, contudo, como vimos.

²⁶³ Quanto mais próximas da realização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais estiverem situadas as prestações ora mencionadas, tanto maior deverá ser a garantia de sua consubstancialização orçamentária. Para evitar que questões assim primordiais fiquem relegadas ao

A função tributária, nesses casos, vê-se claramente, é arrecadatória, mas vai além da mera arrecadação, porque se vincula o produto monetário da atividade tributária à realização de alguma prestação por parte do Estado. Por isso quisemos deixar evidenciado que a finalidade não é apenas arrecadar, mas *arrecadar e aplicar*: daí termos dito *fiscalidade teleológica*, a indicar finalidade diversa, ou mais específica, daquela comum da fiscalidade. É a esse *telos* que nos referimos.

É importante sublinharmos com mais vigor esse *telos* particular, pois a finalidade primeira da tributação é arrecadar, sem considerações mais alongadas com outras finalidades possíveis advindas do produto arrecadado ou às quais deva ser aplicado o produto arrecado. E é exatamente o que se pretende: expandir a finalidade tributária de uma perspectiva sintática para uma visão pragmática da tributação. Estamos, aqui, vinculando, de maneira vigorosa, o produto da arrecadação tributária à persecução de objetivos específicos do Estado.

Portanto, e fechando os parêntesis que havíamos aberto, para a realização de uma série de atividades que devem ser cumpridas pelo Estado — e que caracterizam intervenção no domínio econômico por direção —, a vinculação do produto da arrecadação é absolutamente necessária, decorrente da função que lhes é atribuída no plano constitucional, como se dá no caso das contribuições especiais previstas no artigo 149 da Constituição Federal: sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas²⁶⁴.

Mas a *fiscalidade teleológica*, já apontamos antes, não é necessariamente pura. Se a ela compete a arrecadação de valores utilizáveis no cumprimento de alguma espe-

sabor de acordos político-partidários que impeçam a concretização dessas tarefas é que, desde logo, a verba necessária é obtida já vinculada ao objetivo perseguido.

²⁶⁴ É o raciocínio que também desenvolve MARÇAL JUSTEN FILHO: ‘*Ou seja, a vinculação não se põe em nível infra-constitucional, mas já está prevista na própria Constituição.*

A peculiaridade maior não está na simples vinculação. Reside em que a própria competência tributária é outorgada constitucionalmente mediante comando determinante da vinculação.

Por isso se afirmou que, enquanto tributos ‘comuns’ orientam-se à uma função pública geral, as contribuições voltam-se a uma função pública específica e determinada.

*Na contribuição especial há uma função constitucionalmente vinculada. A competência impositiva, em matéria de ‘contribuições especiais’, é vinculada porque a própria Constituição assim o determina” [sic] — Contribuições Sociais, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Contribuições...**, op. cit., p. 156.*

cífica finalidade econômica imposta ao Estado, dela não se exclui a função extrafiscal antes examinada. Como é natural, o tributo produz custos econômicos que podem resultar em desestímulo à atividade realizada pelo particular. Mais do que isso, pode servir para desestimular determinada parcela de um setor econômico, pela imposição de maiores custos, e estimular outra, pela concessão de subsídios²⁶⁵. É o que ocorreria, por exemplo, no caso de pretender o Estado substituir, ainda que a longo prazo, o combustível utilizado nos veículos automotores, de modo que a frota passasse a rodar movida a álcool em vez de gasolina. Nesse exemplo hipotético, uma CIDE incidente sobre o setor oneraria a venda de gasolina — e assim produziria desestímulo ao seu consumo —, ao passo que o produto arrecadado com a contribuição serviria para fornecer subsídios aos produtores de álcool, baixando os preços e estimulando a produção e as vendas.

De todo modo, não se afasta jamais — seja nas hipóteses *extrafiscais*, seja naquelas que denominamos *fiscais teleológicas*, ainda que compostas com a extrafiscalidade — que o elemento cuja presença é imprescindível para a instituição do tributo é o cumprimento à finalidade constitucionalmente deduzida, isto é, a *intervenção no domínio econômico*²⁶⁶.

2.2 A AMPLITUDE DA INTERVENÇÃO POSSÍVEL NA ORDEM ECONÔMICA

Mencionamos antes um problema sério que pouco ou nenhum tratamento doutrinário recebeu, *i.e.*, saber-se qual a amplitude possível da intervenção econômico-tributária que se realizará pelas CIDE's.

A resposta, à míngua de análise mais aprofundada, parece simplíssima: o tri-

²⁶⁵ É forçoso observar que em tais hipóteses de produção de estímulo/desestímulo pelo mesmo instrumento tributário (CIDE), análise constitucional delicada deve sempre ser feita, mormente para se afastar eventual violação descabida à isonomia, haja vista que desestimular um setor para estimular outro é circunstância que flerta com a violação à igualdade.

²⁶⁶ No dizer de JUSTEN FILHO, *Nas contribuições especiais, a própria competência legislativa tributária já nasce afetada a um certo fim, escolhido adredemente pela Constituição* — Contribuições..., *op. cit.*, p. 157. No caso específico sob nossa análise, a finalidade já constitucionalmente atribuída é a intervenção no domínio econômico.

buto pode incidir, intervindo, somente naquelas áreas de atuação econômica *stricto sensu*, ou seja, no campo reservado ao particular, retiradas de sua incidência todas aquelas atividades econômicas de titularidade do próprio Estado — incluindo os serviços públicos —, conforme já definimos anteriormente. A questão assim posta, isto é, se pode ou não a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidir em espaço econômico reservado à prestação de serviço público, parece ser alteração desvinculada da realidade constitucional, mera querela fradesca. Estando os serviços públicos excluídos da ordem econômica *stricto sensu*, a arenga parece efetivamente fadada ao insucesso, dado que, por essa razão, como esclarecido, impossibilitada a intervenção — não se intervém em área de titularidade própria.

Mas a disputa não pode ser selada de modo tão imediato: basta ver que o Supremo Tribunal Federal tem considerado constitucionais CIDE's incidentes sobre serviços públicos²⁶⁷. Como explicar tal situação? Estaria o Estado “intervindo” em dom í-

²⁶⁷ Basta breve leitura das ementas dos RE nº 218.061, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 08/09/2000 e nº 209.365, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 07/12/2000, disponíveis em <www.stf.gov.br>, acesso em 18/04/2006, para perceber a dimensão da questão ora posta. Note-se que ambos os acórdãos, a despeito das datas de publicação díspares, foram julgados em conjunto e possuem as mesmas partes — NAVIBRÁS Comercial Marítima e Afretamentos Ltda. *versus* Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) — os mesmos votos e a mesma ementa, de modo que podem ser considerados como uma única decisão. Diz a ementa: ‘*CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ADICIONAL DE TARIFA PORTUÁRIA — ATP. Lei 7.700, de 1988, art. 1º, § 1º. I. — Natureza jurídica do A.T.P.: contribuição de intervenção no domínio econômico, segundo o entendimento da maioria, a partir dos votos dos Ministros Ilmar Galvão e Nelson Jobim. II. — Voto do Relator, vencido no fundamento: natureza jurídica do A.T.P.: taxa: criado por lei, Lei 7.700/88, art. 1º, § 1º, remunera serviço público (C.F., art. 21, XII, d e f; art. 175. Decreto 25.408/34). III. — Constitucionalidade do A.T.P.: Lei 7.700/88, art. 1º, § 1º. IV. — R.E. conhecido e provido*’. A decisão, todavia, não pode ser tomada como uma definição do Tribunal no tocante à matéria, especialmente por conta da soma de dois importantes fatores: a grande divergência nos fundamentos que levaram ao resultado final e o fato de que oito dos Ministros que votaram no caso — mais da maioria da composição plenária — já se aposentaram — ILMAR GALVÃO, CARLOS VELLOSO, SYDNEY SANCHES, MAURÍCIO CORRÊA, NÉRI DA SILVEIRA, OCTAVIO GALOTTI, MOREIRA ALVES e NELSON JOBIM —, o que certamente pode resultar, em futuras lides, em mudança no posicionamento da Corte. No tocante aos fundamentos da decisão, podem ser identificados quatro posicionamentos distintos, assim esquematizados: (i) CARLOS VELLOSO sustentou a tese de que o ATP remunera serviço público, estando a PORTOBRÁS submetida não ao art. 173 da Constituição, mas ao 175. Nas palavras do Ministro, ‘(...) o ATP é taxa, foi criado por lei, a sua hipótese de incidência é um serviço público (C.F., art. 21, XII, d e f)’. Por esse motivo, é constitucional; (ii) Para SEPÚLVEDA PERTENCE, no entanto, a exação, anteriormente à Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, era receita vinculada da União com previsão de aplicação do produto da arrecadação em programas do Ministério da Infra-estrutura ligados à atividade portuária. Com o advento da mencionada lei extinguiu-se a vinculação ao financiamento da infraestrutura portuária e desestatizou-se a PORTOBRÁS, de modo que o ATP, incidindo sobre serviço

nio próprio?

Temos para nós que não. A solução, no entanto, não parece que possa ser obtida de considerações sobre a amplitude — ou não — da expressão *domínio econômico* no artigo 149 da Constituição, como quer PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA²⁶⁸. Deve-se questionar, aqui sim, qual o conteúdo daquela intervenção a que se refere o mencionado dispositivo constitucional, para saber se tal intervenção pode ou não abranger os serviços públicos e, em caso positivo, em que medida o fará. Daí que a construção de uma solução deva passar, novamente, pela compreensão dos serviços públicos, notadamente naquela crescente zona gris que identificamos no capítulo anterior.

Ao olharmos com atenção para essa zona imprecisa onde habitam certas prestações intermediárias entre a atividade econômica *stricto sensu* e o serviço público propriamente dito, identificamos os denominados *serviços de interesse coletivo*. Esse tipo de serviço público tem características muito próprias, porque prestado em regime de direito privado, com fortes temperos advindos do direito público e regulado, muito de perto, pelo Estado²⁶⁹. Neles estão abrangidos os chamados serviços públicos comer-

portuário mas não o remunerando, não é taxa, mas verdadeiro imposto sobre serviço. Segue-se daí sua inconstitucionalidade; (iii) ILMAR GALVÃO entendeu que não se tratava de taxa ou tarifa, pois com a extinção da PORTOBRÁS e a desvinculação da arrecadação, a CODESP, atual concessionária do serviço, não é sua destinatária. Resgata o precedente do RE 75.972, da relatoria de THOMPSON FLORES — no qual o Tribunal decidiu sobre o AFRMM, Adicional de Frete de Renovação da Marinha Mercante —, e entende ser o ATP uma CIDE, ‘(...) visto não se estar diante de serviço público *‘ínsito à soberania do Estado’*, ou prestado *‘no interesse da comunidade’* (RE n. 89.876 -RJ, Min. Moreira Alves). Aliás, nenhum dos serviços relacionados no inciso XII possui tais características. Não passam de atividades de natureza econômica que, por revestidas, isso sim, de interesse público, a carta de 88 incumbiu à União, autorizando-a a explorá-las (e não prestá-las) diretamente ou por via de empresa privada”. Tratando-se, no caso em apreço, de CIDE, a exação é constitucional. Também nessa linha, NELSON JOBIM entendeu que a exação era uma CIDE, eis que, mesmo com as mudanças legislativas, manteve sua destinação vinculada ao financiamento de obras de infra-estrutura portuária, posição que foi seguida por MAURÍCIO CORRÊA, SYDNEY SANCHES e MOREIRA ALVES; (v) MARCO AURÉLIO, embora concordando que a exação sob exame caracterizava uma CIDE, teve-a por inconstitucional, visto que não veiculada em lei complementar, que entendeu ser o instrumento próprio diante da disciplina do art. 149 c/c o art. 146, III, da Constituição.

²⁶⁸ Para o autor “*Domínio econômico tem o sentido de atividade econômica, em sentido amplo. Logo, a finalidade da exação está atrelada à intervenção pelo Estado nesta atividade, em qualquer das espécies (atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos)*” — Perfil Constitucional das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, in MARCO AURÉLIO GRECO (coord.), **Contribuições...**, op. cit., p. 168-169.

²⁶⁹ JUSTEN FILHO desenha-lhes os contornos com precisão: ‘Essa terceira espécie seria

ciais e industriais, cuja prestação se faz em regime jurídico híbrido²⁷⁰.

Daí que, em função desse regime jurídico híbrido, tais serviços públicos — não mais puramente públicos, mas de *interesse geral* — sejam prestados segundo aquela disciplina constante do § 1º do artigo 173 da Constituição Federal. Esse artigo, como vimos, disciplina a intervenção econômica por participação, instituindo regime de direito privado para tal intervenção, já que as empresas públicas estariam concorrendo com o setor privado. O mesmo acontece com o serviço de interesse geral, que é prestado — ou pretende-se que o seja — em regime de concorrência²⁷¹. Submete-se ao artigo 173, porém sem deixar de observar a disciplina do artigo 175. Para essas prestações, não é possível identificar uma separação rígida entre o domínio econômico pró-

integrada por atividades que, anteriormente, configuraram-se como serviços públicos e por outras que, originalmente privadas, acabaram adquirindo relevância para fins coletivos. O regime jurídico aplicável a elas passa a ser o de direito privado, mas fortemente impregnado por princípios restritivos da autonomia privada. As competências fiscalizatórias estatais exercem-se de modo intenso sobre essa categoria de atividades, impondo limites mínimos de qualidade, garantias de desempenho, fiscalização em defesa dos usuários e assim por diante. Não há a pura e simples submissão dessas atividades ao direito privado. Enquadra-se nessa categoria a hipótese de 'serviço público sob regime de direito privado' (...).

Somente podem ser submetidas ao regime intermediário algumas atividades, aquelas que possam ser desempenhadas sem risco de comprometimento dos direitos fundamentais. Há setores que exigem a manutenção do regime de direito público — ou, mais precisamente, há setores que exigem a manutenção do serviço público” — Curso..., op. cit., p. 459.

²⁷⁰ Pensando no Direito Francês, mas tratando de situação semelhante à nossa, explica JACQUELINE MORAND DEVILLER: ‘Com efeito, ainda que a atividade erigida a serviço público seja exercida da mesma maneira que uma atividade privada análoga, o regime jurídico fortemente privado que lhe é aplicável comporta sempre regras exorbitantes do direito comum em razão da finalidade permanente de interesse geral. A diferença entre um serviço público administrativo (S.P.A.) e um serviço público industrial e comercial (S.P.I.C.) é uma diferença de grau à submissão ao direito público: máxima no primeiro caso, mínima no segundo (...)’ — **Cours de Droit Administratif**, p. 459, apud ALMIRO DO COUTO E SILVA, *Privatização...*, op. cit., p. 46 — tradução livre nossa. No original: ‘En effet, lorsque l’activité érigée en service public est exercée de la même manière qu’une activité privée analogue, le régime juridique fortement privatisé qui lui est appliqué comporte toujours des règles exorbitantes du droit commun en raison de la finalité permanente d’intérêt général. La différence entre un service public administratif (S.P.A.) et un service public industriel et commercial (S.P.I.C.) est une différence de degré dans la soumission au droit public : maximum dans le premier cas, minimum dans le second (...)’.

²⁷¹ Há casos em que a prestação caracteriza monopólio natural, afastando a concorrência. É o que ocorre nas hipóteses das ditas *essential facilities*. Para uma compreensão mais aprofundada do que sejam os monopólios naturais, cf. KENNETH E. TRAIN, **Optimal Regulation: The Economic Theory of Natural Monopoly**, *passim*. No tocante às *essential facilities* e às questões que as envolvem, cf. FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS, **Las Instalaciones Esenciales para la Competencia: Un Estudio de Derecho Público Económico**, *passim* e ALEXANDRE WAGNER NESTER, **A Doutrina das Essential Facilities: Compartilhamento de Infra-estruturas e Redes**, *passim*.

prio da sociedade e aquele atribuído ao Estado²⁷².

E é exatamente esse campo cinzento, híbrido, que se abre à atuação das CIDE's. Não há porque elas não possam incidir em tais casos: não há imunidade ontológica que o impeça e, ainda mais, os próprios pressupostos do serviço público — que atingem em cheio tais prestações —, permitem que se utilize o instrumento tributário do artigo 149 para cumprir a missão que lhes compete²⁷³.

Vejam os exemplos. Um dos pressupostos que pode e deve ser cumprido é o da universalização. Todavia, com a desestatização, a universalização não mais interessa ao capital privado, uma vez que não gera lucro. Três são as soluções que se impõem ao Estado nesse caso, cabendo escolher, no caso concreto, qual a mais viável para a concretização da universalidade. A primeira hipótese é obrigar o concessionário a universalizar o serviço, independente do custo aí implicado. O problema é que, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a universalização terá que ser repassada aos utentes sob a forma de um aumento de preços. Ademais, a solução não é ideal porque o custo incorrido pelo concessionário não é transparente, o que pode gerar abusos e dificuldades para o controle. Em uma segunda hipótese, poderia o próprio Estado prestar o serviço onde não fosse possível ou economicamente viável ao particular. Essa segunda solução também apresenta problema, qual seja, o controle da omissão estatal é bastante difícil no judiciário e, além disso, alguma ineficiência na prestação pode ser gerada pela máquina estatal²⁷⁴. Assim, a terceira e última solução parece-nos a mais viável: a instituição de CIDE, que arrecadará valores suficientes

²⁷² No mesmo sentido, ALMIRO DO COUTO E SILVA, que afasta uma separação estanque entre os dois mencionados dispositivos constitucionais, entendendo que a atividade — serviço público — de natureza comercial e industrial, submete-se à disciplina do artigo 173. Cf. *Privatização...*, *op. cit.*, p. 58. Sobre o tema, cf. tb. FÁTIMA FERNANDES RODRIGUES DE SOUZA e PATRÍCIA FERNANDES DE SOUZA GARCIA, Nova Amplitude do Conceito de “Domínio Econômico”, in MARCO AURÉLIO GRECO (coord.), **Contribuições...**, *op. cit.*, p. 79-90.

²⁷³ Os pressupostos a que nos referimos são as Leis de ROLLAND: *igualdade, continuidade e adaptação*, aos quais os autores da matéria vieram agregando, ao longo do tempo, ainda outros princípios, como *transparência, neutralidade, gratuidade, universalidade, participação e qualidade*. Ver, no tema, as considerações desenvolvidas por PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS, *Os Serviços...*, *op. cit.*, p. 207-213. Ver tb. MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 488-492.

²⁷⁴ Além disso, como já assinalamos, a destinação orçamentária das verbas necessárias, advindas do caixa-geral, ficaria ao sabor dos acordos político-partidários.

para a universalização do serviço, o que de certo beneficiará os próprios utentes. Ademais, não haverá, idealmente, problemas com a transparência nos custos e nem com a ineficiência da prestação, que poderia ser entregue ao próprio concessionário. Em outras palavras, é utilizar a CIDE com a função de um subsídio cruzado, por meio do qual os próprios usuários financiarão a universalização do serviço.

Não vemos, portanto, qualquer dificuldade em fazer incidir uma CIDE sobre uma prestação de serviço público, desde que respeitados os limites gizados na Constituição Federal: o serviço deve estar enquadrado naquela categoria de serviços de interesse geral. A questão que se apresenta, porém, mas que escapa aos lindes deste trabalho, é poder determinar com precisão tal categoria de *serviços de interesse geral*. Parece-nos, apenas tocando de leve a superfície do tema, que a resposta virá do exame de cada caso concreto de prestação de serviço público. Não há respostas desde logo pré-determinadas.

2.3 A PROBLEMÁTICA DA DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO (DRU)

Dissemos que para o cumprimento de uma das funções das contribuições interventivas, é preciso que haja vinculação das receitas a uma determinada finalidade, que, no caso, traduzir-se-á por uma intervenção econômica. Nessas hipóteses, portanto, é essencial que a vinculação *exista*: trata-se de exigência constitucional incontornável. Sua inexistência acarretaria a imediata inconstitucionalidade da contribuição, pois a finalidade de sua instituição estaria sendo descumprida — a validação, nesse caso, recordemos, é finalística. Daí expressar MISABEL DERZI que “*A destinação é fundamental da norma de competência*”²⁷⁵.

²⁷⁵ Notas, in ALIOMAR BALEEIRO, **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**, p. 614. E acrescenta a professora: “*Se inexistir o órgão, a despesa ou a pessoa que, necessariamente, devem financiar, falece competência à União para criar contribuições ou empréstimos compulsórios. Inexistindo o fundamento constitucional, legitimador do exercício da faculdade legislativa, o contribuinte pode opor-se à cobrança, pois indevido o tributo que nasce de norma sem validade*” — Id. Concordamos com esse entendimento, mas queremos deixar sublinhado que, para nós, não é absolutamente necessária a vinculação em todos os casos. É que a CIDE opera uma dupla funcionalidade: a extrafiscal e a fiscal teleológica. Quando tivermos a primeira, não haverá sentido na vinculação da receita obtida, que poderá integrar o caixa-geral da União. Quando, porém, estivermos tratando da

Isso significa que, na medida em que a contribuição estiver operando na função fiscal teleológica, não pode existir desvinculação alguma de receita. Se isso ocorrer, a contribuição transmudar-se-á em imposto e sua função será descumprida, o que gera imediata inconstitucionalidade, já que a razão mesma da existência da CIDE é o cumprimento da função que lhe foi designada pela Constituição.

Cabe aqui breve digressão para diferenciarmos receita vinculada de receita aplicada, efetivamente, à finalidade. A receita será vinculada quando houver previsão normativa — normalmente inscrita na lei instituidora da contribuição — determinando que o montante arrecadado seja aplicado em uma específica função. Para nós, esgota-se aí a vinculação da receita. Questionamentos outros não dirão respeito à norma tributária em si, e nem mesmo terão o condão de invalidá-la²⁷⁶. Podem, contudo, produzir (i) conduta ilícita do administrador público que deixou de aplicar os recursos vinculados à finalidade prevista, ou (ii) invalidade da lei orçamentária que determine a aplicação dos recursos arrecadados em outra finalidade²⁷⁷.

segunda — ou de alguma combinação entre a primeira e a segunda das funções —, então é absolutamente necessária a vinculação. Sem ela, a contribuição padece de inconstitucionalidade.

²⁷⁶ Conquanto parcela da doutrina entenda cabível, na hipótese, repetição dos valores pagos, uma vez que, descumprida a função, haverá indébito tributário. A respeito, dentre outros, cf. WERTER BOTELHO SPAGNOL, **As Contribuições Sociais no Direito Brasileiro**, p. 97-98. Afirma o autor entender ‘(...) *que o direito do contribuinte, no caso em questão, de se opor ao pagamento do tributo ou de repeti-lo é incontestável. Existindo desvio de finalidade ou tredestinação, verifica-se o exercício irregular da competência impositiva, viciando-se inapelavelmente a norma tributária*’ [sic] — *Id.* Também MISABEL DERZI entende que ‘*O contribuinte pode opor -se à cobrança de contribuição que não esteja afetada aos fins, constitucionalmente admitidos; igualmente poderá reclamar a repetição do tributo pago, se, apesar da lei, houver desvio quanto à aplicação dos recursos arrecadados*’ — Notas, in ALIOMAR BALEEIRO, **Direito tributário Brasileiro**, p. 1034.

²⁷⁷ A possibilidade de invalidade da lei orçamentária foi discutida, ainda que de modo restrito, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.925-8, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. para o acórdão Min. MARCO AURÉLIO, DJ 19/12/2004, disponível em <www.stf.gov.br>, acesso em 18/04/2006. Discutiu-se se a lei orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, seria ou não inconstitucional, na medida em que permitia à União a abertura de créditos suplementares em rubrica estranha à destinação prevista pela lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001, instituidora da CIDE incidente sobre combustíveis e derivados do petróleo — aliás, as rubricas a que deverão ser destinadas as verbas arrecadadas com essa CIDE estão previstas desde logo no texto constitucional, art. 177, § 4º, II. O artigo da mencionada lei orçamentária impugnado, entretanto, tinha a seguinte redação: ‘*Art. 4º. Fica o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares, observados os limites e condições estabelecidos neste artigo, e desde que demonstrada, em anexo específico do decreto de abertura, a compatibilidade das alterações promovidas na programação orçamentária com a meta de resultado primário estabelecida no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2003, para suplementação de dotações consignadas:*

I — a cada subtítulo, até o limite de dez por cento do respectivo valor, mediante a utilização

de recursos provenientes de:

a) anulação parcial de dotações, limitada a dez por cento do valor do subtítulo objeto da anulação, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo;

b) reserva de contingência, inclusive de fundos e de órgãos e entidades das Administrações direta e indireta, observado o disposto no parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, e no § 6º deste artigo;

c) excesso de arrecadação de receitas diretamente arrecadadas, desde que para alocação nos mesmo subtítulos em que os recursos dessas fontes foram originalmente programados, observado o disposto no parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal; e

d) até dez por cento do excesso de arrecadação”.

Nos votos, ficou patente que a redação do dispositivo impugnado da lei orçamentária teria que ser interpretado de modo consentâneo à Lei de Responsabilidade Fiscal, resultando que não poderia haver desvio de finalidade na aplicação da lei orçamentária. É o que se lê, claramente, no seguinte trecho do voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE: *‘Ninguém duvida, a meu ver, os dez Ministros presentes, que o artigo 177, § 4º, inciso II, da Constituição, criou uma vinculação de receita iniludível, que alcança todo o montante arrecadado a título da CIDE. Como de resto é da essência das contribuições, qual mostrou o Professor Carlos Velloso. Ninguém duvida também que em função das regras básicas do processo orçamentário constitucional, essa vinculação não obriga a despesa, em cada exercício, toda a arrecadação desta contribuição ou de outras receitas vinculadas. O dispêndio depende da dotação orçamentária. (...) não vejo possibilidade de interpretação que leve à autorização de um desvio das destinações predeterminadas às receitas vinculadas, como são as receitas das contribuições; e não vejo, primeiro, dada a natureza mesma do crédito suplementar, no Direito Constitucional orçamentário; segundo, pela vinculação explícita do próprio artigo 4º, à observância do art. 8º, § 2º da Lei de Responsabilidade Fiscal, que torna absolutamente inequívoco que o crédito suplementar só pode destinar verbas vinculadas ao objeto de sua vinculação’*. A despeito dessa possibilidade interpretativa clara, o Tribunal permaneceu em dúvida quanto ao alcance do dispositivo, como bem manifestou o Min. MARCO AURÉLIO: *‘Se nós s, onze, que costumamos lidar tanto com a Carta da República, estamos aqui a divergir quanto ao alcance do ato atacado, indaga-se: se concordarmos que a nossa Constituição Federal continua rígida, como Lei Suprema do País, porque não homenagear, explicitando, na espécie, que o dispositivo impugnado não alcança essa rubrica que tem destinação exclusiva pela Carta da República?’*. E o Min. NELSON JOBIM também manifestou desconforto com a possível amplitude da interpretação da lei orçamentária atacada: *‘Não ten ho nenhuma dúvida. O que eu digo é que amanhã, se a decisão não for no sentido da procedência do pedido formulado na inicial, revelará o emprego dessa contribuição do artigo 177, § 4º, em áreas diversas, tendo-se em conta — repito — a ambigüidade da lei atacada’*. Com essas considerações, houve por bem o Tribunal, como está consignado no dispositivo do acórdão, *‘(...) dar interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a abertura de crédito suplementar deve ser destinada às três finalidades enumeradas no art. 177, § 4º, inciso II, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, da Carta Federal’*. De todo modo, e a despeito da importância dessa decisão, o controle das finalidades da normatividade tributária pelo Poder Judiciário ainda é muito débil, em especial no tocante aos aspectos orçamentários do tema. Sobre a questão específica que envolveu a lei nº 10.640/2003, consulte-se ainda parecer de MARCO AURÉLIO GRECO, no qual o autor deixou consignado que *‘(...) o exame em abstrato dos preceitos contidos no art. 4º, I da Lei nº 10.640/2003 mostra que eles são globalmente constitucionais. São, porém, parcialmente inconstitucionais por conflitarem com o artigo 177, § 4º, II da CF/88 quando suas previsões implicam:*

a) impedir que a totalidade dos recursos gerados pela Cide-Combustíveis seja destinada às três finalidades constitucionais;

b) permitir que dotações específicas já definidas para as três finalidades sejam reduzidas para ampliar dotações ligadas a outras finalidades; e

c) Permitir que o montante da Reserva de Contingência relativa à Cide-Combustíveis tenha outra destinação que não atender a dotações relativas às três finalidades constitucionalmente qualifi-

Claramente, a exegese que acabamos de realizar vale para a lei, que não pode, sob nenhuma hipótese, desvincular receita. Mas o que acontece no grave caso de desvinculação de receita produzida por norma advinda de Emenda Constitucional?

Em tal hipótese estar-se-á diante de uma espécie tributária híbrida, que em parte é contribuição e em parte é imposto. Ou, no mínimo, é parcialmente contribuição com função fiscal teleológica, a exigir a vinculação da receita, e parcialmente contribuição com função extrafiscal, sem exigência de vinculação de receita. Ora, essa figura é uma *impossibilidade jurídica*: ou há vinculação da receita ou não há. Contribuição com “meia-vinculação” é absurdo completo, que produz tal *disfuncionalidade* no tributo que não se estará diante de nenhuma espécie tributária. O que se terá será exação — duvidamos que essa hipótese possa ainda ser nominada tributo — que arrancará parte do patrimônio particular, em detrimento da livre iniciativa e da propriedade privada, sem justificação jurídica alguma no cenário tributário e sem cumprimento de qualquer função fiscal ou extrafiscal constitucionalmente designada. Obter-se-á arrecadação, é verdade, mas arrecadação sem justificação constitucional, sem fundamento no sistema tributário ou na sistemática econômica prevista pela Carta Magna.

E é exatamente o que se criou, no artigo 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a Emenda Constitucional nº 27/2000 e sua sucedânea a EC nº 42/2003²⁷⁸. E, pior do que isso, em completa distorção da sistemática constitucional, a EC nº 44/2004 estabeleceu previsão de distribuição aos Estados e ao Distrito Federal de parte dos recursos arrecadados com a contribuição do § 4º do artigo 177 — Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível²⁷⁹.

cadastros” — A Destinação dos Recursos Decorrentes da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico — Cide sobre Combustíveis, **RDDT**, n. 104, p. 139.

²⁷⁸ Expressa PAULO AYRES BARRETO, ainda ao tempo em que apenas existia a EC 27/2000, que ela “(...) teria, em rápida penada, criado espécie tributária esdrúxula, *sui generis*, bifronte, parcialmente imposto, parcialmente contribuição” — As Contribuições Sociais e a Tredestinação de seus Recursos [sic], **RDT**, n. 88, p. 189. E completa o autor: “Previsão normativa deste jaez, ainda que posta no plano constitucional, suprime direitos e garantias individuais dos contribuintes, em clara afronta ao artigo 60 da Constituição Federal” — *Id.*

²⁷⁹ As destinações constitucionais da CIDE incidente sobre as atividades de importação ou

Entendemos que tais desvinculações de receitas são inconstitucionais, por desrespeito à própria sistemática constitucional e aos princípios garantes da liberdade e da propriedade privada, que só podem sofrer mitigação diante de fundadas justificações sociais que exijam efetiva intervenção na ordem econômica²⁸⁰.

3 A INSERÇÃO DAS CIDE'S COMO FERRAMENTA INTERVENTIVA

3.1 A DUPLA FUNCIONALIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SUAS POSSIBILIDADES

De tudo o quanto investigamos até o momento, podemos perceber que as contribuições de intervenção no domínio econômico têm dupla função: (i) extrafiscal, e (ii) fiscal. Visto que, na verdade, todos os tributos guardam em si, em algum grau, ambas as funções, essa afirmação não teria qualquer sentido se não fossem as muitas peculiaridades que rondam a utilização dessa dupla funcionalidade das CIDE's.

A primeira, extrafiscal, atua no desestímulo de atividades econômicas, impondo aos afetados custos que lhes dificultam o normal perseguir dessas suas atividades. No cumprimento dessa específica função, não há sentido em falar de produto da arrecadação destinado a uma finalidade, visto que ela se esgotará na própria incidência do tributo. Desse modo, a arrecadação é mero subproduto da atuação econômica da norma

comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível são produto da Emenda Constitucional nº 33, de 12 de dezembro de 2001. Caberia, pois, investigar se os destinos hoje previstos no artigo 177 são compatíveis com a funcionalidade originária das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico ou se a EC introduziu algum tipo de distorção no sistema. Tal questionamento, contudo, nos levaria bem além do perfil que pretendemos traçar. Parece-nos, contudo, em rápida análise, que as duas primeiras destinações — alíneas *a*, subsídios ao transporte de combustíveis e *b*, financiamento de projetos ambientais relativos ao setor sob intervenção — são adequadas e correspondem à referibilidade da contribuição, mas a terceira — alínea *c*, financiamento de infra-estruturas de transportes —, conquanto nobre em seus objetivos, escapa ao pressuposto de adequação do princípio da proporcionalidade — orientador, como veremos adiante, da instituição das CIDE's.

²⁸⁰ Sobre a problemática jurídico-social da DRU, mormente ligada à problemática dos direitos fundamentais, cf. FERNANDO FACURY SCAFF, *A Desvinculação de Receitas da União (DRU) e a Supremacia da Constituição*, in FERNANDO FACURY SCAFF e ANTONIO G. MOREIRA MAUÉS, *Justiça Constitucional e Tributação*, p. 96-113.

jurídica, e não representa maior significado funcional. Por isso, pode ser destinada ao caixa-geral da União sem causar qualquer desvio na função da contribuição.

Esse tipo de contribuição, bastante peculiar, tem balizas muito estreitas, por diversas razões. Primeiro, porque pode confundir-se com um imposto se sua função interventiva não estiver absolutamente clara. Assim, encontra desde logo um primeiro limite nas possíveis materialidades sobre as quais possa incidir²⁸¹. Também está limitada muito de perto pela capacidade contributiva, vedação ao confisco, isonomia, livre iniciativa e propriedade privada, como, de resto, toda a tributação possível. O risco de violação de qualquer desses princípios por essa CIDE específica, que denominaremos *contribuição-imposto*, é muito alto. Além disso, seu controle é muito difícil, pois sua constitucionalidade vai depender de sua atuação fornecer o resultado esperado pela finalidade interventiva: o efetivo desestímulo do setor, por exemplo²⁸². Por isso, essa espécie é muito rara, de utilidade duvidosa e, diríamos mais, não recomendável.

Já a função fiscal é bem mais relevante, não apenas por ser um instrumento mais utilizado, mas porque seu controle é mais fácil e mais transparente: depende apenas da finalidade escolhida e da vinculação da arrecadação à produção daquela finalidade²⁸³. Ademais, sob o signo da fiscalidade teleológica, a contribuição pode ainda, como dissemos anteriormente, realizar função extrafiscal de estímulo/desestímulo nas atividades econômicas que onera, transformando-se em poderoso instrumento de política econômica.

Ambas as funções aqui descritas têm conseqüências importantes na configuração tributária das CIDE's, e serão, portanto, resgatadas, sempre que necessário, nos capítulos seguintes.

Porém, resta ainda analisarmos, em breve passo, as limitações constitucionais

²⁸¹ Trataremos do tema quando estudarmos as possíveis materialidades sobre as quais a contribuição em apreço pode incidir.

²⁸² Para se ter uma idéia, se o Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre os cigarros fosse uma contribuição interventiva desse tipo, há muito poderia ter sido considerado inconstitucional, pois é muito duvidoso que produza o efeito extrafiscal pretendido: a diminuição no consumo de cigarros.

²⁸³ Isso, contudo, do ponto de vista da Constituição Econômica. Outros limites há, impostos pela Constituição Tributária.

que se podem impor à livre instituição das CIDE's. Façamo -lo.

3.2 LIMITES À INSTITUIÇÃO DAS CIDE'S

Temos sustentado desde o início que o objetivo primordial da CIDE é promover intervenção na ordem econômica, modificando a realidade posta. Claramente, ao realizar essa função, ela está cumprindo os princípios estatuídos pela Constituição, como um todo, e pela Constituição Econômica, de modo particular. Mas a atuação interventiva do Estado realizada pela via normativa — por indução e por direção, como visto —, não é ilimitada. Ao contrário, encontra barreiras na própria Constituição e, se deve realizar certos princípios, não deve descurar de outros: daí o estabelecimento de fronteiras constitucionais à intervenção, ainda que tais fronteiras apenas possam, na maiorias das hipóteses, ser detectadas diante da análise do caso concreto. A despeito, porém, da análise casuística necessária à identificação das limitações constitucionais ao poder de intervir — parafraseando BALEEIRO —, pensamos que podemos, ao menos, demarcar-lhes os contornos mais largos, detectando a espinha dorsal sobre a qual se assenta a ação interventiva estatal. Ainda que em termos gerais, julgamos ser possível indicar as linhas limítrofes constantes da Constituição.

Assim, uma composição harmônica dos princípios alocados na Carta Magna — ainda que sem perscrutar-lhes o conteúdo total, o que demandaria trabalho inteiramente dedicado à tarefa — é de capital importância para o trato da questão, já que é essa identificação de um regime jurídico tributário-interventivo que nos permitirá discernir, nos casos concretos postos à prova, se a intervenção realizada se amolda aos contornos constitucionais ou não.

Nesse passo, realizamos, ainda que de maneira muito breve, uma leitura conjunta da principiologia constitucional afeta à intervenção tributária, buscando compor um significado uno, no qual se solverão as incompatibilidades e entrechoques principiológicos — um princípio servindo de limitador e de guia ao outro —, desenhando um quadro preciso da atual valoração constitucional dada ao sistema (constitucional) tributário em confronto com o sistema (constitucional) econômico, para descobrir o

regime jurídico tributário-interventivo.

A primeira observação importante a fazer — e que já vimos repetindo desde o início de nosso estudo — é que o sistema tributário não existe sem o sistema econômico: o tributo é valor pecuniário pago aos cofres públicos para possibilitar a gerência do Estado. Pressupõe, por isso, um sistema econômico gerador de riquezas e auto-sustentável. Daí porque “intervir” destruindo o sistema econômico para alimentar um sistema tributário pesado, ineficiente e limitador de garantias libertárias é autofagia: se o sistema tributário não for suficientemente equilibrado e bem gerido para permitir a manutenção e o crescimento do sistema econômico, ele autodestruir-se-á.

Essa relação de interdependência estabelece limites à atuação tributária, principalmente quando seja ela voltada a uma atitude interventiva na atividade econômica particular, como é o caso das CIDE's, ou das alíquotas variáveis de certos tributos, notadamente aqueles previstos no § 1.º do artigo 150 da CF, na medida em que também eles atuem no domínio econômico. Interessam-nos aqui, todavia, somente as primeiras.

Pois bem, essa conformação principiológica a que vimos de nos referir traça um quadro de atuação tanto para o Estado quanto para os contribuintes, determinando os exatos limites de atuação de cada qual, trazendo, assim, segurança para dentro do sistema.

A segurança jurídica aliás, enquanto princípio, parece-nos que só pode ser compreendida como atuação dentro da moldura principiológica estatuída pela Constituição Federal. Por isso ROQUE ANTONIO CARRAZZA, ao desenvolver o tema, refere-se a *direitos fundamentais do contribuinte*, mas reputa mais adequada a denominação *segurança jurídica e tributação*²⁸⁴.

Conceituação muito utilizada pela doutrina do que seja segurança jurídica é aquela professada por HUMBERTO MEDRANO:

Segurança jurídica pode identificar-se com certeza e esta se obtém da aplicação de uma série de princípios jurídicos, cuja concorrência permite alcançar esse estado no qual os cidadãos estão sempre — razoavelmente — aptos a conhecer suas obrigações e direitos.

²⁸⁴ Curso..., *op. cit.*, p. 348.

Para tanto, a segurança jurídica mais que uma regra explícita no direito positivo pode considerar-se o resultado da conjugação de diversos princípios fundamentais que a realizam, muitos dos quais devem estar reconhecidos pela Constituição²⁸⁵.

Essa conceituação, conquanto correta, é insuficiente para destacar todo o espectro da segurança jurídica. Falta a ela a identificação com a *previsibilidade*. Segurança jurídica é certeza sim, mas mais do que isso, é também previsibilidade, como deixa claro JOSÉ ROBERTO VIEIRA²⁸⁶.

Bem por isso mostra-se, em nosso sistema, a segurança jurídica como uma garantia ou, diríamos mesmo, utilizando a terminologia moderna de CANOTILHO, *princípio-garantia*. A segurança jurídica, portanto, lida como garantia, ou *princípio-garantia*, do particular, só pode existir se perfeitamente conformados os limites principiológicos que possibilitarão a atuação do poder público em prol do particular. O tributo, assim, é voltado para o interesse público, eis que sua função primária é a consecução de verbas para a atuação e realização do Estado, sem, obviamente, descurar de sua funcionalidade interventiva, objeto da presente investigação²⁸⁷.

²⁸⁵ El Principio de Seguridad Jurídica En La Creación e Aplicación del Tributo (Trabalho do Relator Geral das “XVI Jornadas LatinoAmericanas de Derecho Tributario), **RDT**, n. 62, p. 133 — tradução livre nossa. No original: “*Seguridad jurídica puede identificarse con certeza y ésta se obtiene de la aplicación de una serie de principios jurídicos, cuya concurrencia permite alcanzar ese estado en el cual los ciudadanos están siempre — razonablemente — en aptitud de conocer sus obligaciones y derechos.*”

Por lo tanto, la seguridad jurídica más que una regla explícita en el derecho positivo puede considerarse el resultado de la conjugación de diversos principios fundamentales que la realizan, muchos de los cuales deben estar recogidos por la Constitución.”

²⁸⁶ São palavras do autor: “Ora, a delimitação clara e estável dos direitos e deveres (certeza) abre esanchas à capacidade de previsão, caracterizando a segurança do direito como um conceito mais ancho que o da certeza, que necessariamente o integra, ao lado da previsibilidade” — Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”, in PAULO DE BARROS CARVALHO (pres.) e EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), **Segurança Jurídica na tributação e Estado de Direito**, p. 323.

²⁸⁷ Por isso a referência precisa de ALBERTO XAVIER de que “(...) a noção de Estado de Direito, pelo menos, na sua formulação original, reveste um duplo sentido, material e formal: o **conteúdo material** do Estado de Direito está na afirmação de que a finalidade essencial do Estado consiste na realização da justiça, concebida, sobretudo, com uma rigorosa delimitação da livre esfera dos cidadãos, em ordem a prevenir o arbítrio do poder e a dar, assim, a maior expressão possível à segurança jurídica; o **aspecto formal** do Estado de Direito, por seu turno, envolve basicamente a idéia de que, na realização de seus fins, o Estado deve exclusivamente utilizar formas jurídicas, de que sobressai a lei formal. Por outras palavras: o Estado de Direito foi, ao menos inicialmente, concebido como aquele que tem por fim o Direito e atua segundo o Direito; isto é, aquele que tem a justiça por fim e a lei como meio de sua realização” — **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade**

A segurança jurídica, expressa por via da legalidade, é o primeiro e severo limite à instituição de tributo com função interventiva. A tributação, já deixamos consignado, configura interferência na liberdade individual do particular, notadamente na liberdade econômica, consagrada pela Constituição enquanto valor capitalista — deduzida, notadamente dos artigos 1º, IV; 3º, I; 5º, XIII e XXII; e 170, II e IV. Daí porque as garantias de proteção à propriedade e às livres iniciativa e concorrência, mitigadas essas três principais garantias apenas quando ultrapassarem o interesse público expresso nos princípios de justiça social — traduzida em parte pela função social da propriedade —, dignidade da pessoa humana e solidariedade²⁸⁸.

A premissa da qual partimos, portanto, em nossa análise da configuração principiológica informadora do regime da tributação interventiva é a de que *o tributo é restrição constitucional ao patrimônio e à liberdade econômica individual*²⁸⁹. Daí só poder ser visto como decorrente de lei²⁹⁰. A Constituição garante, de forma veemente, as liberdades econômicas — desde que não firam as liberdades de outros particulares, por formas predatórias de utilização da propriedade privada, regime este estruturado pela Constituição Econômica —, e só a lei, devidamente editada sob a competência constitucional, pode limitá-las²⁹¹.

da Tributação, p. 8.

²⁸⁸ Devemos recordar que, muitas vezes, a proteção a esses interesses capitalistas é a única forma de realizar princípios como o da busca do pleno emprego, que nada mais é senão a tradução, no sistema econômico constitucional, do valor social do trabalho, fundamento do Estado brasileiro inscrito logo no art. 1.º da Lei Magna. E é exatamente no papel do atendimento desses mencionados valores sociais que atua a intervenção estatal no domínio econômico.

²⁸⁹ Na expressão de CASALTA NABAIS, “*ablação ou amputação pecuniária*” — **O Dever...**, *op. cit.*, p. 629.

²⁹⁰ JOSÉ ROBERTO VIEIRA não hesita “(...) em proclamar **o Princípio da Legalidade como uma relação de conformidade com a lei em sentido formal**, ato oriundo do órgão que detém a competência constitucional para legislar e revestido da forma estabelecida para as leis, e não só em sentido material, como regra de comportamento genérica e coativa” — Legalidade Tributária e Medida Provisória: Mel e Veneno, in OCTAVIO CAMPOS FISCHER (coord.), **Tributos e Direitos Fundamentais**, p. 183. Trazido ao campo tributário, ele “(...) possibilita e realiza a idéia de **autotributação**” — *Ibid.*, p. 186. Cf. tb. **Medidas Provisórias em Matéria Tributária**: As Catilinaárias Brasileiras, p. 80 e 87.

²⁹¹ JOSÉ CASALTA NABAIS revela-se algo pessimista com a garantia de legalidade, que entende um instrumento obsoleto de proteção dos cidadãos. Busca, por isso, na idéia de Estado Fiscal, a fundamentação de uma proteção do particular contra a tributação excessiva e limitadora da liberdade dos vários Estados contemporâneos. Manifesta-se o autor: “*Por outras palavras, apela-se ao princípio do estado fiscal como última barreira contra um estado que, tendo atingido a dimensão fiscal que se*

A idéia, pois, de segurança jurídica enquanto princípio implícito²⁹² — acrescentaríamos como *princípio-garantia* — no ordenamento é basilar para a compreensão do universo jurídico, como demonstra a clareza de raciocínio de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES:

(...) a segurança postula, para a sua efetividade, uma especificação, uma determinação dos critérios preservadores dela própria, no interior do ordenamento jurídico.
 (...) todos os dispositivos que instituem garantias constitucionais buscam, em última análise, assegurar, literalmente: “tornar seguros” os direitos que esses dispositivos adnumeram: um experimento de realização da justiça. Para esse fim é que se consorciam direitos e garantias constitucionais²⁹³.

Utilizar-se de formas desbordadoras da lei ou da Constituição para instituir ou cobrar tributos é ferir a segurança jurídica, *princípio-garantia* fundamental na compreensão dos direitos e liberdades individuais. Por isso a necessidade premente de conceitos específicos, banindo-se, o quanto possível, as formas tipológicas restantes no sistema tributário²⁹⁴. Como compor, então, nessa linha, a legalidade com a necessidade

conhece e concentrado no legislador todo o poder que esta dimensão exprime, continua paradoxalmente a servir-se de um arsenal protectivo dos cidadãos contribuintes obsoleto e, em larga medida, inoperante — o princípio da legalidade fiscal. Um princípio que actualmente se revela bastante claudicante, pois que, ao contrário do que sucedia no estado liberal, não estamos mais perante um estado mínimo, nem há garantia de que a lei seja expressão do bem comum. Daí que, enquanto não se erguem outras barreiras materiais ao estado fiscal, se tende a operar com limites decorrentes da própria idéia de estadualidade fiscal” [sic] — O Dever..., op. cit., p. 217-218. Para ele, “A ideia de estado fiscal parte do pressuposto, frequentemente considerado ultrapassado ou superado com a instauração do estado social, de que há uma separação essencial e irreduzível entre estado e sociedade” [sic] — Ibid., p. 195. E explica, citando HETTLAGE, que “(...) a invocação do estado fiscal, como princípio constitucional, pretende obstar a que a tributação, e sobretudo o seu aumento sem cessar, se converta no ‘cavalo de Troia do socialismo no estado de direito burgues’, ou seja, que através do aumento quantitativo dos impostos se dê uma mutação qualitativa, que ponha termo ao estado fiscal e instaure um estado de carácter patrimonial ou proprietário. Isto significa que o estado moderno, que tenha por base o princípio da repartição ou da liberdade — isto é, que seja um estado de direito —, não tem alternativa, já que a única alternativa que se lhe oferece é, ao fim e ao cabo, a sua própria anulação como estado de direito” [sic] — Ibid., p. 194-195.

²⁹² Diz JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, com correção, que “O princípio implícito não difere senão formalmente do expresso. Têm ambos o mesmo grau de positividade. Não há uma positividade ‘forte’ (a expressa) e outra ‘fraca’ (a implícita)” — Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo, **RDT**, n. 63, p. 207.

²⁹³ Ibid., p. 206.

²⁹⁴ A questão, como bem identifica MISABEL DERZI, passa pela segurança jurídica: “O tipo propriamente dito, por suas características, serve mais de perto a princípios jurídicos como o da igualdade, o da funcionalidade e permeabilidade às mutações sociais e da justiça. Em compensação, com seu uso, enfraquece-se a segurança jurídica, a legalidade como fonte exclusiva de criação jurídi-

de isonomia tributária?

Dá-se que a legalidade — expressa em conceitos específicos — e a isonomia tributárias andam sempre atreladas: uma não sobrevive sem a outra e uma não se realiza sem a outra. Aliás, a busca da intervenção econômico-tributária deve passar, sem sombra de dúvida, pela isonomia²⁹⁵. Ela não pode ser descumprida a pretexto de promoção de benefício para um determinado setor econômico. Contrariamente, a isonomia deve sempre ser buscada, ainda que à custa de intervenção, que deverá sempre respeitar o pressuposto de intervenção mínima, dado que a atuação estatal em esfera econômica particular é exceção e somente se justifica na medida em que realize princípios constitucionais maiores, lastreados na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais: trata-se da noção de que a intervenção deve ser sensata²⁹⁶.

ca e a uniformidade.

O conceito determinado e fechado (tipo no sentido impróprio), ao contrário, significa um reforço à segurança jurídica, à primazia da lei, à uniformidade no tratamento dos casos isolados, em prejuízo da igualdade, da funcionalidade e adaptação da estrutura normativa às mutações sócio-econômicas” — **Direito Tributário...**, *op. cit.*, p. 84.

²⁹⁵ GERALDO ATALIBA, em lições claras, explica de forma contundente a interdependência entre os dois princípios: ‘*Como, essencialmente, a ação do Estado, reduz -se a editar a lei ou dar-lhe aplicação, o fulcro da questão jurídica postulada pela isonomia substancia-se na necessidade de que as leis sejam isônomas e que sua interpretação (pelo Executivo e pelo Judiciário) leve tais postulados até suas últimas conseqüências no plano concreto da aplicação. (...)*

Dá a íntima e indissociável relação entre legalidade e isonomia. Esta se assegura por meio daquela. A lei é instrumento de isonomia.

(...) o princípio da isonomia só pode ser compreendido em toda sua dimensão e significado juntamente com o princípio da legalidade. (...)

A res publica é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebe devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade se não fosse marcada pela igualdade. (...)

Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade” — **República e Constituição**, p. 158-160.

Mais contundente, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES diz que “**A legalidade é a morada da isonomia**”. E completa: ‘*Se, na linguagem -de-objeto, a legalidade e a isonomia estão enunciadas em dois incisos apartados do texto constitucional, a isonomia formal no caput e no inciso I e a legalidade, no inciso II, na metalinguagem doutrinária legalidade e isonomia podem ser enunciadas como um só princípio. Legalidade e isonomia, no texto constitucional, um mesmo aspecto, um só princípio, a lei é a morada da isonomia, legalidade isônoma, portanto, é dizer: isonomia como conteúdo da legalidade; a isonomia, como uma regra conteudística, se quisermos utilizar a terminologia instigante de Pontes de Miranda*” — A Isonomia Tributária na Constituição Federal de 1988, **RDT**, n. 64, p. 13.

²⁹⁶ A prevalência dos princípios libertários, traduzidos em subsidiariedade, não deve ser ignorada. A intervenção não pode existir desmotivadamente, ela deve estar amparada em fundamentos que digam respeito a princípios constitucionais maiores, como expressamos. No mesmo sentido pensa EGON BOCKMANN MOREIRA: ‘*Note -se que essa repartição de atribuições inerente à subsidiariedade implica a definição da necessidade da intervenção estatal na economia. Não será válida a in-*

Noutro passo, a capacidade contributiva, desvinculada da legalidade, não é fundamento único para a tributação, mas, ao revés, deve guiá-la na realização da igualdade tributária. Por isso, impossível configurar-se norma que pretenda atingir patrimônio particular por via reflexa, sem a devida previsão legal, utilizando-se, isoladamente, o fundamento da igualdade e da capacidade contributiva, pela qual contribuintes em igual situação econômica devem pagar o mesmo tributo. Aliás, as discriminações promovidas pela lei tributária visam exatamente o movimento contrário, ou seja, promover isonomia e respeitar a capacidade contributiva. E, na mesma rota, devem seguir as intervenções tributárias promovidas pelas CIDE's, apenas mostrando-se justificável o *discrímen* quando ele realizar, como sublinhado, valores constitucionais mais altos²⁹⁷.

tervenção econômica (em sentido estrito ou regulatória) que não se configure como absolutamente indispensável” — O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata, in EGON BOCKMANN MOREIRA e LEILA CUÉLLAR, Estudos de Direito Econômico, p. 93. Mas alerta o autor: “A investigação acerca do tema ‘indispensabilidade’ é sobretudo árdua, pois a qualidade de indispensável advirá do contexto fático em que se cogitar da intervenção” — Id.

²⁹⁷ Entre nós, foi CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO quem realizou o melhor estudo sobre o princípio da isonomia. Para o autor, tem-se que “(...) o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia” — **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, p. 13. E destaca três critérios identificadores da quebra de isonomia: “Tem -se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é ‘in concreto’, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles” — *Ibid.*, p. 27-28. Traduzindo os critérios assim expostos para a norma tributária interventiva, vê-se que há exatamente três aspectos limitadores a investigar. Quanto ao primeiro, devemos investigar qual o critério discriminatório eleito, isto é, que critério, exatamente, elegeu o legislador para cortar a realidade e segregar determinados contribuintes naquele grupo que será objeto de intervenção. Identificado esse critério, o segundo questionamento passa pela justificativa lógica para tal discriminação, isto é, se a realidade econômica — sempre econômica, pois se trata de intervenção na ordem econômica, tenhamos presente — daquele grupo segregado pelo *discrímen* relaciona-se, de algum modo, com a intervenção estatal. É preciso, pois, que exista uma correlação lógica entre o critério de discriminação e o tratamento desigual estabelecido, sem o que será impossível selecionar determinado indivíduo ou grupo de indivíduos para ser atingido pelo tratamento diferenciado — no caso sob exame, para sofrer a intervenção. Mais do que isso, no terceiro momento lógico impende analisarmos a justificativa constitucional do *discrímen*, ou seja, o que está por trás da intervenção, o que a justifica. E aqui devemos realizar pesquisa na principiologia constitucional que orienta a intervenção. Apenas se presentes os fatores aqui traçados é que se justifica a formação de grupo submetido à tributação interventiva que, fora dessas hipóteses, será inconstitucional.

Portanto, apenas a situação econômica do contribuinte, ou sua *potencial capacidade contributiva*, é insuficiente para gerar a percussão do tributo: faz-se necessária, para tanto, expressa hipótese legal pela qual se possa realizar, com plenitude, o avanço do Estado por sobre o patrimônio do sujeito passivo. Sem lei não há que se falar em gravame à capacidade contributiva ou intervenção pela via tributária. Só ela pode eleger o sujeito passivo da obrigação, mas, sempre que o fizer, deverá respeitar essa capacidade contributiva, mesmo naquelas hipóteses de intervenção.

Ora, nessa linha de raciocínio, é preciso perceber os verdadeiros conteúdos positivo e negativo insertos nos princípios da isonomia e da capacidade contributiva. O conteúdo positivo está voltado para o legislador e para o administrador: devem eles cumprir a capacidade contributiva, o primeiro, editando leis que a consagrem, e o segundo aplicando essas leis de forma a cumprir-lhes todo o conteúdo isonômico. Já o conteúdo negativo do princípio volta-se para o julgador: não pode a lei sobreviver, sob a égide da Constituição, se não cumprir a isonomia — capacidade contributiva.

Nem pode outra configuração ser inferida do sistema: se o administrador, para cumprir a capacidade contributiva, preenchendo a isonomia, desbordar da lei, utilizando-se de analogia ou de institutos semelhantes, estará incorrendo em conduta vedada pela legalidade, princípio magno inserto na Constituição. Também o legislador deve ter os olhos voltados para a capacidade contributiva: se deixar de editar lei que atenda à isonomia, privilegiando determinada classe de contribuintes em detrimento de outra com igual geração de riqueza, afrontará a capacidade contributiva e recairá em inconstitucionalidade por omissão. Por fim, o julgador, quando defrontado com uma lei descumpridora da capacidade contributiva, deverá julgá-la inconstitucional por afronta à Constituição, sem o que estará ele praticando conduta censurada pelo Diploma Magno.

Esse posicionamento vale também para as hipóteses de tributação interventiva, acrescentando-se apenas que a análise do caso se torna mais complexa nessa conjuntura, pois deve ser levado em conta, na exegese das situações isonômicas, exatamente aquele *discrímen* exigido pela Constituição Econômica para cumprimento de suas funções sociais, fomentando e desenvolvendo a economia, ou possibilitando a prestação de serviços que de outro modo seriam inatingíveis por determinadas parcelas da socieda-

de²⁹⁸.

Mais enfaticamente, diríamos que, se é verdade que ocorre prejuízo à isonomia quando da utilização de conceitos fechados e do conseqüente banimento das categorias tipológicas, também é verdade, como antes referido por ATALIBA, que a lei, no específico campo tributário, é a única forma de realizar a igualdade sem que se possa dar margem à arbitrariedade. É em homenagem à segurança jurídica que se prima pela legalidade, compondo-a de forma íntima com a isonomia, como explicitado linhas atrás. A conclusão é uma só: a igualdade, no campo tributário, não pode, sob nenhum argumento, realizar-se à margem da lei. A legalidade é imprescindível, é princípio jurídico orientador das atividades legislativas, administrativas e judiciais quando da análise do tributo.

A respeito do entrelaçamento, na Constituição, entre liberdade econômica, isonomia e legalidade, merecem destaque as brilhantes e oportunas considerações de ALBERTO XAVIER:

O princípio da legalidade, como reserva absoluta de lei, não só não se revela incompatível com as modernas políticas econômicas, como é o que melhor se coaduna com os princípios em que assenta uma livre economia de mercado.

Com efeito, a livre iniciativa exerce-se através de planos econômicos elaborados pelos empresários para um dado período e nos quais se realiza uma previsão, mais ou menos empírica, dos custos da produção, do volume dos investimentos adequados à obtenção de dado produto e da capacidade de absorção do mercado. Tal previsão não pode deixar de assentar na presunção de um mínimo de condições de estabilidade, dentro do que a normal margem dos riscos e incertezas razoavelmente comporte para o horizonte de planejamento a que respeita. O planejamento empresarial, por que a iniciativa privada se concretiza, supõe assim uma possibilidade de previsão objetiva e esta exige, por seu turno, uma segurança quanto aos elementos que a afetam. É sabido que o volume dos tributos — dado o papel que assumem na economia global — representa para a empresa não só elevada percentagem dos seus custos de produção, como determina as disponibilidades que, no mercado, representam procura para os seus produtos. Um sistema que autorizasse a Administração a criar tributos ou a alterar os elementos essenciais de tributos já existentes, viria do mesmo passo a criar condições adicionais de insegurança jurídica e econômica, obrigando a uma constante revisão dos planos individuais, à qual a livre iniciativa não poderia resistir. Pelo contrário, um sistema ali-

²⁹⁸ Nem poderia ser, aliás, de outro modo. A tributação, ainda quando não interventiva, somente se justifica se possibilita ao Estado cumprir seus objetivos constitucionalmente designados. É a linha em que também se manifesta CASALTA NABAIS, com a qual somos absolutamente concordes: *‘(...) a tributação não constitui, em si mesma, um objectivo (isto é, um objectivo originário ou primário) do estado, mas sim o meio que possibilita a este cumprir os seus objectivos (originários ou primários), actualmente consubstanciados em tarefas de estado social, ou seja, em tarefas do estado de direito social’* [sic] — **O Dever...**, op. cit., p. 185.

cerçado numa reserva absoluta de lei em matéria de impostos confere aos sujeitos econômicos a capacidade de prever objetivamente os seus encargos tributários, dando assim as indispensáveis garantias requeridas por uma iniciativa livre o responsável.

De outra parte, a concorrência pressupõe a igualdade em face da lei, e esta não pode obviamente ser garantida se a Administração fiscal dispuser nas suas mãos de poderes de decisão que lhe permitam uma aplicação “individualizadora” da lei de imposto. Por esta forma ainda se aliam, em estreita relação, os princípios da segurança jurídica, da legalidade e da igualdade.

A lógica de uma economia de mercado conduz assim a uma reserva absoluta da lei no terreno tributário, posto que uma livre apreciação administrativa das situações tributáveis e do grau de sua tributação não se revela compatível com as instituições fundamentais daquele tipo de economia: a propriedade privada, que importa delimitar rigorosamente, frente às pretensões fiscais do Estado; a iniciativa privada, que supõe uma rígida fixação legal dos elementos essenciais do tributo, em ordem de uma previsão simples e objetiva dos encargos tributários da empresa; e ainda a concorrência, que pressupõe uma igualdade que só a lei pode facultar [*sic*]²⁹⁹.

Mas as limitações tributárias assim impostas ao Estado em face da ampla liberdade econômica do particular não se restringem à legalidade e à especialidade — enquanto princípios demarcadores dos limites da isonomia e da capacidade contributiva, formulada a linha divisória em atenção à segurança jurídica³⁰⁰ —, como poderia parecer à primeira vista, em análise descurada e superficial. Também a moralidade e a boa-fé administrativas são elementos axiológicos de cabal importância no que respeita à atuação do Poder Público. Como bem expressa MARÇAL JUSTEN FILHO, “(...) o sistema tributário acaba resultando em um infundável elenco de limitações e restrições ao poder estatal, grande parte dele retratando imposições derivadas da moralidade”³⁰¹.

Nessa linha, adota sempre o legislador — notadamente, o constituinte — a moralidade como guia na produção normativa, transformando em texto expreso as disposições morais inerentes à sociedade³⁰². Mesmo quando não expreso, o princípio

²⁹⁹ **Os Princípios...**, *op. cit.*, p. 53-55. Deve-se deixar consignado que há um certo exagero no trecho citado, quando ALBERTO XAVIER trata de reserva absoluta de lei. É que no Brasil, não existe, propriamente, uma reserva absoluta de lei, expressão que só faz sentido em certos países europeus onde há espaço para regulamentos autônomos. Nessas hipóteses, sim, cabe admitir não só a reserva absoluta de lei, como também a reserva absoluta regulamentar.

³⁰⁰ Esclarece JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES que “*Limite não é, pois, limitação. É só um critério técnico para demarcar as possibilidades de atuação dos supremos princípios constitucionais*” — Princípio..., *op. cit.*, p. 209.

³⁰¹ O Princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário, **RTDP**, n. 11, p. 55.

³⁰² Quando nos referimos à moralidade estamos nos referindo também, embora de forma implícita, à boa-fé, pois esta é conteúdo, ou melhor, núcleo, daquela. Sobre o tema, cf. MARÇAL JUS-

da moralidade informa e conforma o ordenamento constitucional, alcançando a atuação da Administração Pública em todos os campos, inclusive no tributário³⁰³.

A isonomia apresenta íntima conexão com a moralidade. Se, por um lado, é menos que ela — pois uma quantidade de pressupostos informados pela moralidade é afastado em função da igualdade —, por outro, a complementa de modo vigoroso: fornece-lhe estofamento material, de modo que uma atuação isonômica fica condicionada a ser, também, uma atuação moral³⁰⁴.

No âmbito da atuação tributária interventiva, a moralidade é, pois, valor essencial. Nenhuma lei tributária, de cariz interventivo ou não, pode ser aplicada, ou mesmo formulada, se desrespeitar os preceitos informadores desse importante princípio constitucional. É condição moral intransponível a segurança jurídica: uma atuação estatal descumpridora de preceitos da segurança jurídica viola de forma frontal a moralidade, esvaziando-lhe o conteúdo e transformando o Estado em predador voraz, invertendo-lhe o papel primordial que é a consecução do interesse público, também conteúdo da moralidade, assim como a boa-fé³⁰⁵. Por isso, de forma absolutamente correta, identifica JUSTEN FILHO ser o princípio da moralidade “(...) *limite intran sponível para o Estado, mesmo em face dos fenômenos de **elisão** e **evasão** fiscal*”³⁰⁶ — produzidos, queremos anotar, pelo efeito extrafiscal refratário inerente a todos os tributos e

TEN FILHO, O Princípio..., *op. cit.*, *passim*. JUAREZ FREITAS entende que “*Quanto ao princípio da confiança ou da boa-fé recíproca nas relações de administração, apresenta tal relevo que merece tratamento à parte, não obstante ser manifesto resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança das relações jurídicas*” — **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**, p. 72-73. Para ele, esse princípio “(...) *estatui o poder -dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada de autêntica fidedúcia mútua, no plano institucional*” — *Ibid.*, p. 73.

³⁰³ MARÇAL JUSTEN FILHO, O Princípio..., *op. cit.*, p. 55.

³⁰⁴ A respeito, explicita MARÇAL JUSTEN FILHO com muita propriedade: “*A moralidade complementa a isonomia, similarmente a um tecido intersticial a revestir e proteger os órgãos nobres do corpo humano. (...)*”

Ou seja, a moralidade pública é critério de incidência da isonomia. O tratamento discriminatório (ou não discriminatório) que infringir a moralidade será incompatível com o princípio da isonomia. Sob esse aspecto, a moralidade fornece o conteúdo para a aplicação do princípio da isonomia” — *Ibid.*, p. 55-56.

³⁰⁵ Tal esvaziamento ocorre, de maneira explícita, na criação das estranhas e inaceitáveis CIDE's atingidas pela desvinculação de receitas, às quais já nos reportamos em item anterior.

³⁰⁶ O Princípio..., *op. cit.*, p. 57.

de caráter reforçado nas contribuições interventivas, ou ao menos em parte delas³⁰⁷.

Nem se diga que uma atuação imoral dos particulares legitimaria o uso, pelo Poder Público, de quaisquer meios, ainda que frontalmente imorais, para obter arrecadação: o Estado tem o interesse público umbilicalmente ligado à sua atuação. O descumprimento de preceitos morais é afronta vil a esse interesse público³⁰⁸.

Assim, a consecução do interesse público na atividade tributária interventiva só se pode dar caso a atuação estatal seja (i) moral, (ii) legal, (iii) isonômica e (iv) respeitadora das liberdades econômicas individuais, conferindo, através desses quatro aspectos, (v) segurança ao ordenamento jurídico.

Portanto, a intervenção tributária na ordem econômica é possível e até mesmo desejável, mas deve respeitar os lindes que lhe são impostos pela Constituição. Fora deles, não há intervenção possível.

Desenhamos, até aqui, o que poderíamos chamar de perfil tributário da intervenção, sem cuidarmos de maneira mais detalhada de um outro perfil, aquele econômico, que, em combinação com o anterior, fornecerá, finalmente, o desenho constitucional da tributação interventiva.

Ora, essas limitações recolhidas da Constituição Econômica são bem mais vagas e genéricas do que aquelas aplicáveis à Constituição Tributária. Daí a maior dificuldade em precisá-las. Parece-nos, todavia, que os limites, ainda que de mais difícil identificação, existem, e estão sobretudo alocados no princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e razoabilidade — ou proporcionalidade em sentido estrito³⁰⁹. De fato, como diz com precisão HELENILSON CUNHA

³⁰⁷ Dizemos efeito extrafiscal refratário porque queremos referir aquele efeito produzido por toda e qualquer norma tributária no sentido de desestimular o contribuinte a cumprir com a obrigação tributária. É um efeito refratário, indesejado, mas que se espalha por todas as normas tributárias e leva a comportamentos elisivos e evasivos. De outro lado, não é, tecnicamente, um efeito extrafiscal, embora com ele se assemelhe.

³⁰⁸ É do interesse público, da idéia de consecução do bem comum, que se parte quando se conforma a estruturação estatal: sem interesse público, o Estado é desprovido de razão de existir e, portanto, de legitimidade. Sobre a aplicação do princípio da moralidade ao Direito Tributário, cf. interessante obra coletiva: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **O Princípio da Moralidade no Direito Tributário**, *passim*.

³⁰⁹ JUAREZ FREITAS, em denominação descritiva, nomeia o princípio ora em estudo de princípio “da adequação axiológica e da correspondente vedação de sacrifícios excessivos” — **O**

PONTES, “(...) a instituição da contribuição interventiva, como meio a se atingir o objetivo visado com a intervenção, exigirá que o desenho legislativo da hipótese de incidência tributária seja proporcional (em sentido lato) ao escopo almejado com a intervenção”³¹⁰.

Na primeira dimensão do princípio da proporcionalidade deve ser questionada a adequação da medida interventiva escolhida pelo Estado, isto é, deve-se perquirir se há correspondência entre a materialidade tributária eleita pelo legislador e o fim interventivo a que se presta a contribuição. Na adequação também se identifica a relação entre a finalidade escolhida — e portanto, a materialidade —, e os sujeitos passivos possíveis da contribuição. Identifica-se, assim, o destinatário constitucional da contribuição: aquele ligado à intervenção por via da adequação.

Na segunda dimensão do princípio questiona-se acerca da necessidade do instrumento escolhido para intervir na ordem econômica. Quer dizer, esse instrumento, a contribuição, deve ser absolutamente necessário, pois restrições à liberdade e à propriedade não são admitidas pelo ordenamento constitucional se não houver a absoluta necessidade da utilização do instrumento, justificada por razões ligadas ao interesse público. Preserva-se, desse modo, o mínimo sacrifício possível, ao qual somente devem ser submetidos os contribuintes por razões de ordem constitucional que promovam os princípios reitores inscritos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

Controle..., *op. cit.*, p. 56. Para ele, o princípio “(...) quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio” — *Id.* Por isso, “(...) a violação à proporcionalidade ocorre quando, tendo dois valores legítimos a sopesar, o administrador prioriza um em detrimento ou sacrifício exagerado do outro. No entanto, o erro está em realizar o sacrifício excessivo de um direito” — *Ibid.*, p. 57. Já para HELENILSON CUNHA PONTES, tratando mais especificamente de uma perspectiva tributária, “O princípio da proporcionalidade constitui talvez o mais importante instrumento de controle da constitucionalidade das contribuições interventivas, haja vista o fato de que o constituinte não estabeleceu as materialidades sobre as quais pode recair a incidência desta contribuição, limitando-se a enumerar a finalidade a que a instituição da mesma deve visar” — **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**, p. 178. Concordamos com o autor no quanto respeita à importância da proporcionalidade, mas discordamos em termos da segunda afirmativa, ou seja, de que a Constituição não estabelece as materialidades das CIDE’s. Ao contrário, como explanaremos no capítulo VII, as materialidades, ainda que não especificamente previstas — como as dos impostos, por exemplo —, são perfeitamente delimitadas externamente, e não são lançadas ao arbítrio do legislador.

³¹⁰ **O Princípio...**, *op. cit.*, p. 180.

Finalmente, na terceira dimensão, a da razoabilidade — ou proporcionalidade em sentido estrito —, impende questionar se a medida interventiva não está impondo providência exagerada para a consecução do objetivo pretendido, sobretudo porque, em se tratando de tributo, excessos dessa ordem poderiam produzir ofensa à capacidade contributiva do indivíduo e, no limite, implicar efeito confiscatório, o que não se pode admitir. Se o tributo, por exemplo, pretende desestimular uma atividade econômica, não o pode fazer de maneira tão forte a ponto de eliminá-la. A conduta a ser desestimulada deve permanecer sendo possível, caso contrário não se tratará de desestímulo, mas de vedação à prática da conduta, distorcendo o instrumento tributário e transformando-o em penalidade³¹¹.

Esse é, em breves palavras, o regime jurídico a que se submetem as intervenções tributárias na ordem econômica. Claramente, tal regime é bem mais complexo do que o breve quadro que traçamos. Como dissemos, porém, nosso objetivo, nessa passagem, é fixar o esqueleto principal em torno do qual se construirá a intervenção, que deve ser interpretada no confronto do caso concreto com a Constituição, em hermenêutica que leve em conta todo o ordenamento jurídico. Salientamos que algumas questões que aqui ainda restaram sem menção ou análise serão retomadas nos capítulos seguintes, na medida em que se fizerem relevantes ao progresso de nosso estudo.

³¹¹ Alerta FREITAS com percuciência: *‘Em nenhuma circunstância um direito deve suprimir inteiramente o outro na colisão, desde que ambos sejam lícitos (...) A razão de fundo está em que os princípios nunca se eliminam, como asseverado, diferentemente do que pode suceder com as regras antinômicas’* — **O Controle...**, *op. cit.*, p. 57. Bem por isso *‘O administrador público (...) está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos’* — *Id.*

PARTE III — O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

CAPÍTULO VI — BREVE REVISTA NA CLASSIFICAÇÃO DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

“Alguns dizem que a palavra Odradek deriva do eslavo e com base nisso procuram demonstrar a formação dela. Outros por sua vez entendem que deriva do alemão, tendo sido apenas influenciada pelo eslavo. Mas a incerteza das duas interpretações permite concluir, sem dúvida com justiça, que nenhuma delas procede, sobretudo porque não se pode descobrir através de nenhuma um sentido para a palavra”³¹².

1 NOTA PRÉVIA

Tratar das contribuições — quaisquer que sejam elas, de intervenção no domínio econômico, sociais ou corporativas — implica, em primeiro lugar, versar sobre uma das problemáticas mais complexas da atualidade do Direito Tributário: a classificação das espécies tributárias. E a investigação da regra-matriz constitucional das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, temática a ser examinada no capítulo subsequente, apenas fará sentido se e quando for possível compreender que espécie tributária é essa.

O tema é difícil porque as chamadas contribuições especiais, aquelas constantes do artigo 149 da Constituição, apresentam-se, à primeira vista, com um certo hibridismo hermético, que não permite, numa primeira aproximação, identificar a que espécie elas realmente pertencem. A identificação, pela doutrina mais recente, da funcionalidade que as grava, apenas contribuiu para obscurecer ainda mais o tema, especialmente porque muitos autores, descuidadamente, confundem a vinculação a uma determinada função com a vinculação do produto da arrecadação, separação que, pensamos, tornamos clara no capítulo anterior. Daí dizer-se, sem o menor apuro, que as contribuições servem para arrecadar verbas destinadas a certas finalidades.

A afirmação, já o vimos, é verdadeira, mas apenas até certo ponto. A função, como dito, pode ser preenchida de dois modos: (i) pela fiscalidade, custeando-se as

³¹² FRANZ KAFKA, *A Preocupação...*, *op. cit.*, p. 41.

atividades estatais voltadas à finalidade constitucionalmente determinada, ou (ii) pela extrafiscalidade, realizada por via da atuação da própria contribuição na esfera econômica do particular.

O debate, certamente, não é novo. Porém, como se disse, tem-se intensificado e tem-se tornado mais obscuro nos últimos anos, com a adição do ingrediente finalístico. A finalidade, não o negamos, é absolutamente fundamental, sobretudo porque determinada pela própria Constituição. Uma contribuição que descumpra sua finalidade será, certamente, inconstitucional. Isso não significa, porém, que tal finalidade faça parte da regra-matriz constitucional, embora a materialidade tributária, além do próprio critério pessoal da hipótese, pensamos, deva refletir de modo muito claro a finalidade do tributo, especialmente quando a contribuição a cumpre apenas por incidir, sendo irrelevante, nesse caso, o produto da arrecadação, que pode mesmo ser direcionado ao caixa-geral da União³¹³.

³¹³ Queremos deixar claro que entendemos que a finalidade é critério extrínseco do tributo. Condiciona-lhe a constitucionalidade, é verdade, mas não faz parte da estrutura normativa. Diversamente pensa WERTER BOTELHO SPAGNOL, para quem o prescriptor da norma contém um critério finalístico condicionador de sua validade. Explica o autor ser ‘(...) importante destacar que o fato de o aspecto finalístico não vir explicitado na norma de incidência não implica a possibilidade de descon sideração da finalidade e conseqüente destinação constitucional do tributo. Não é expresso na norma em razão, apenas, de a finalidade não ser precondição ao exercício válido da competência. Entretanto, se por acaso, em momento posterior à incidência existir desvirtuamento da finalidade, aí sim, repi ta-se, em momento posterior, a incidência tributária restará ilegítima em face da Constituição’ — **As Contribuições...**, op. cit., p. 77. Por isso raciocina o autor que ‘No caso dos tributos nos qu ais a desti nação do produto da arrecadação condiciona o exercício válido da competência, empréstimos com pulsório e contribuições especiais, a norma de incidência, para adequar-se à norma de competência, deverá prever em seu MANDAMENTO o destino a ser dado ao produto da arrecadação, tendo em vista que para tais exações a atribuição de competência está vinculada ao atendimento de finalidades específicas’ [sic] — *Ibid.*, p. 76. Discordamos do autor porque, a despeito de entendermos que a fina lidade é importantíssima para a validade das contribuições, ela não está inscrita na norma, mas é crité rio extrínseco, condicionado pela própria Constituição. De outro lado, também não podemos concor dar com a validação *a posteriori* defendida por WERTER SPAGNOL. Claramente, para atender à finalidade, deve haver uma correspondência entre a Constituição, a norma tributária e a norma orça mentária. Como bem defende GRECO, ‘Entre elas deve existir, necessariamente, sintonia e congr u ência de modo que o resultado final (aplicação da receita) não contrarie o modelo constitucional (por atingir finalidade não admitida)’ [sic] — *A Destinação...*, op. cit., p. 125. Nada disso significa, no entanto, que o descompasso da norma orçamentária possa invalidar, posteriormente, a norma tributá ria. Como já dissemos, a inadequação da lei orçamentária pode gerar a sua inconstitucionalidade, e o desvio em sua aplicação pode resultar na responsabilização civil e penal do administrador que desbor dar da destinação nela inscrita. A validação da norma tributária, de outro lado, ocorre já na existência expressa da destinação da verba arrecadada à finalidade, previsão que, agora sim, condicionará a nor ma orçamentária que lhe será posterior. É preciso distinguir com clareza os momentos lógicos e nor

No caso de desrespeito à finalidade, portanto, a inconstitucionalidade não se dá no fundamento tributário — regra-matriz de incidência —, mas exatamente no próprio fundamento finalístico, que será social ou econômico, a depender da espécie contributiva. Como ambos os fundamentos devem estar presentes — não se interpreta a Constituição em tiras, a exegese deve sempre ser sistemática e axiologicamente hierarquizada —, a contribuição que desrespeite qualquer deles é frontalmente inconstitucional.

A despeito disso, passaremos a tratar aqui apenas de um dos pressupostos: o tributário — o pressuposto que se funda na Constituição Econômica já foi apreciado na parte II deste trabalho. Fiquemos, pois, com ele, a par de inconstitucionalidades que possam gravar a contribuição em relação a outros fundamentos constitucionais.

Ora, se o critério a ser analisado é tributário, a finalidade deixará de ser relevante e, portanto, inservível como critério classificatório³¹⁴.

Esta advertência, porém, não parece preocupar muitos doutrinadores. As mais estranhas classificações possíveis têm sido propostas, desde variações binárias, passando pelas ternárias e quaternárias até aquelas quinárias estruturadas em dois, três ou mesmo quatro diferentes critérios classificatórios³¹⁵.

mativos: uma coisa é invalidade da norma tributária, outra diversa é previsão orçamentária e aplicação do recurso.

³¹⁴ Expressa-se no mesmo sentido SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, para quem a ‘(...) **validação finalística** é fundamental, agora sim, para **controlar o poder de tributar**’. Para o autor, ‘O CTN está, no tangente à qualificação do **tributo**, rigorosamente certo. O que importa é analisar o fato gerador e a base de cálculo do tributo para verificar se o mesmo está ou não vinculado a uma atuação estatal, específica, relativa à pessoa do contribuinte, indiferente o **nomen juris**, características jurídico-formais e o **destino da arrecadação**. Agora, se temos em mira não a natureza jurídica específica do tributo, mas o controle do Estado, do seu poder de tributar, o destino da arrecadação é importantíssimo. O fim, em si, não serve para definir a natureza jurídica específica do tributo. Tributos afetados a finalidades específicas sempre existiram’ — **Curso...**, op. cit., p. 473. Iríamos, aliás, mais longe, para dizer que todo o tributo é afeto a uma determinada finalidade. Frequentemente, tal finalidade será fiscal, arrecadatória — essa é, aliás, a característica marcante do tributo na esfera das finanças públicas. Excepcionalmente, porém, pode dar-se que a finalidade primordial seja outra, extrafiscal: é o que se passa com o Imposto de Importação, o Imposto sobre Operações Financeiras e, dentre outros, também com as contribuições especiais. Essas últimas todas, sejam sociais, interventivas ou de entidades de classe, estão referidas a objetivos que não se limitam à arrecadação, mas dela podem — e frequentemente devem — fazer uso para atingir outros propósitos. O tema já foi por nós tratado na parte II, especialmente no capítulo V, ao qual remetemos o leitor.

³¹⁵ A título de exemplo, ver, defendendo a classificação binária: ALFREDO AUGUSTO BECKER, **Teoria...**, op. cit., p. 345-349; ternária: PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, op.

Todas essas classificações, se analisadas a fundo, tomam em conta ao menos dois critérios classificatórios para determinar as espécies tributárias. Misturam, dessa forma, critérios que não devem ser miscigenados, porque dizem respeito a características diversas. Importa, pois, antes de definirmos realmente qual a classificação tributária a estudar, lançar olhos sobre o estudo classificatório no Direito.

2 AS CLASSIFICAÇÕES NO DIREITO

Classificar significa agrupar, dividir em classes segundo características comuns. Em outras palavras, *‘O ato de classificar consiste em repartir um conjunto de objetos em classes coordenadas ou subordinadas, utilizando critérios oportunamente escolhidos’*³¹⁶.

No Direito, entretanto, as classificações não são meras ordenações cujo caráter didático permite uma melhor apreensão da realidade. Ao contrário, elas têm caráter prescritivo, uma vez que estão inscritas no Direito Positivo e dele podem ser extraídas, caracterizando o exato regime jurídico a que estão submetidas as categorias normativas classificadas³¹⁷. De fato, tais classificações jurídicas, como bem expressa EURICO MARQUES DINIZ DE SANTI, *‘(...) visam construir arbitrariamente classes e definições com finalidades genuinamente prescritivas, cortando cegamente o universo do*

cit., p. 34-36; quaternária: RICARDO LOBO TORRES, **Curso de Direito Financeiro e Tributário**, p. 335; quinárias, estruturadas em dois critérios classificatórios: MARCO AURÉLIO GRECO, **Contribuições...**, *op. cit.*, p. 131-139; três critérios: MÁRCIO SEVERO MARQUES, **Classificação Constitucional dos Tributos**, *op. cit.*, p. 223-225; quatro critérios: PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA, **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico**, p. 22-23. Para uma visão panorâmica da classificação das espécies tributárias, cf. OCTAVIO CAMPOS FISCHER, As Espécies Tributárias no Ordenamento Jurídico Brasileiro, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 28, p. 227-248. O problema maior não reside na quantidade de critérios classificatórios aplicados, como veremos na sequência, mas em sua forma de aplicação. É que devem ser os critérios aplicados de maneira subsequente. Assim, a adição de um novo critério não produzirá novas espécies, como a doutrina tem sido levada a fazer, mas poderá, aí sim, produzir novas subespécies.

³¹⁶ TÁCIO LACERDA GAMA, **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico**, p. 95.

³¹⁷ Nesse mesmo sentido, cf. EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, As Classificações no Sistema Tributário Brasileiro, *in* PAULO DE BARROS CARVALHO (pres.) e HELENO TAVEIRA TÔRRES (coord.), **Justiça Tributária: Direitos do Fisco e Garantias dos Contribuintes nos Atos da Administração e no Processo Tributário** (1º Congresso Internacional de Direito Tributário — IBET), p.125-147, especialmente p. 130-133.

real”³¹⁸.

Nessa linha, não aceitamos a observação de AUGUSTÍN GORDILLO, reprodutora do entendimento de GENARO CARRIÓ, e tão cara à doutrina pátria, no sentido de que “(...)‘*as clas sificações não são verdadeiras ou falsas, são **úteis** ou **inúteis**: suas vantagens ou desventajas estão submetidas ao interesse que guia a quem as formula e à sua fecundidade para apresentar um campo de conhecimento de uma maneira mais facilmente comprensível ou mais rica em conseqüências práticas deseáveis*”³¹⁹.

Portanto, se no dizer de EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, com quem concordamos, “*A utilidade não é critério jurídico*”, há que se encontrar um critério jurídico que seja adequado à descoberta da classificação prescritiva das espécies tributárias³²⁰. E o critério não pode ser nenhum outro senão normativo, haja vista que o Direito é um fenômeno normativo, como já sublinhamos fortemente ao realizarmos o corte epistemológico orientador do presente estudo³²¹.

Porém, como procuramos esclarecer, a exegese das contribuições — e nesse particular, pode-se dizer, dos tributos em geral — é bastante complexa, envolvendo a interpretação sistemática da Constituição para a obtenção de um perfil constitucional que permita o atingimento da regra-matriz (legal) de incidência. Isso significa a existência de elementos classificatórios insertos dentro da estrutura da regra-matriz (constitucional), bem como elementos que, se devem ser levados em conta, não participam da estrutura dessa regra-matriz (legal), mas apenas dizem respeito àquele perfil consti-

³¹⁸ As Classificações..., *op. cit.*, p. 132.

³¹⁹ GENARO CARRIÓ, Sobre los Limites del Lenguaje Normativo, p. 72-73, *apud* AUGUSTÍN GORDILLO, **Tratado de Derecho Administrativo — Parte General**, t. I, p. I-22 — tradução livre nossa. No original: “(...)‘*las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, son **serviciales** ou **inútiles**: sus ventajas o desventajas estan supeditadas al interés que guía a quien las formula y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más facilmente comprensible o más rica em conseqüências prácticas deseables.*”

³²⁰ As Classificações..., *op. cit.*, p. 133.

³²¹ Na mesma linha, defende HELENO TAVEIRA TÔRRES que “*Importa saber (.. .) qual a opção da Constituição vigente, no que tange às classificações que ela mesma opera no plano do direito positivo e às classificações que ela permite à doutrina ordenar, em coerência com suas categorias*” — Pressupostos Constitucionais das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico: A CIDE-Tecnologia, *in* VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA, **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**, v. 7, p. 110. Sobre o corte epistemológico que efetuamos, ver parte I, p. 7-52.

tucional³²². Tais elementos, como explanado, encontram-se nas *funções tributárias* — fiscais e extrafiscais.

Portanto, duas espécies diversas de classificação são possíveis: (i) as intrínsecas, quando os elementos da classificação digam respeito à estrutura da regra-matriz constitucional tributária, estando nela insertos, e (ii) as extrínsecas, nas quais os elementos classificatórios são constitucionalmente eleitos, porém não estão imiscuídos na regra-matriz, sendo-lhe externos — é o específico caso das *funções*.

Ambas as classificações são fundamentais e não podem ser ignoradas. Porém, é preciso atenção para não misturá-las descuidadamente, produzindo um hibridismo que não reflita a prescrição classificatória jurídico-constitucional³²³. A aplicação de tais classificações somente pode ser feita *por sobreposição*, não por somatória de elementos³²⁴. Ou seja, é preciso inicialmente aplicar uma das classificações para, somente em momento lógico posterior, aplicar a outra, sob pena de se construir um hibridismo que não se preste a classificar espécies e subespécies, tornando todas as categorias espécies³²⁵.

Se o que se pretende, então, é uma classificação jurídica das espécies tributá-

³²² Sobre o que entendemos por regra-matriz e perfil constitucional, v. capítulo II.

³²³ É clara a lição de OCTAVIO CAMPOS FISCHER nesse particular: ‘*Ora, ou o intérprete classifica todos os tributos de acordo com as devidas regras-matrizes ou, pelo contrário, o faz de acordo com as suas finalidades. Não se pode querer misturá-los sob o argumento de que as contribuições não tiveram sua estrutura desenhada pela Constituição e os impostos apenas foram moldados sem considerar as suas finalidades*’ — **A Contribuição...**, *op. cit.*, p. 75. Também HELENO TÔRRES é enfático no ponto: ‘*Se Classificar é separar por classes, essa separação há de ser feita seguindo um critério específico e não se pode misturar critérios. Aliás, digo ser erro preliminar misturar ou acomodar critérios classificatórios distintos para explicar uma mesma categoria de objetos. Destarte, o máximo que se poderia fazer seria criar classificações de tributos baseada na finalidade dos tributos. Mais, não seria possível*’ [sic] — *Pressupostos...*, *op. cit.*, p. 113-114.

³²⁴ É como também entende HELENO TÔRRES, em crítica contundente: ‘*Algumas proposições teóricas, em confusas linhas, chegaram a combinar os critérios de vinculação com a finalidade, para alcançar uma qualificação das contribuições. Remédio de desespero. (...) Nenhuma classificação pode aceitar dois critérios classificatórios, a não ser que se eleja novo modelo classificatório; tampouco se poderiam combinar classificações para, ao final, extrair-se como resultado conceitos de espécies do gênero tributo*’ — *Pressupostos...*, *op. cit.*, p. 114.

³²⁵ FABIANA DEL PADRE TOMÉ elabora proposta classificatória semelhante à nossa quando elege ‘*(...) uma variável (diferença específica) a cada divisão, procedendo à classificação dos tributos não apenas em espécies, mas também em subespécies*’ — **Contribuições para a Seguridade Social à Luz da Constituição Federal**, p. 76. O resultado obtido pela autora, no entanto, é diferente do nosso, na medida em que as contribuições, para ela, são uma subespécie do imposto — cf. *Ibid.*, p. 82-84.

rias, a atitude lógica é proceder a uma classificação intrínseca, que servirá para identificar os caracteres que distinguem as espécies tributárias. A seguir, o critério aplicado será extrínseco, e esses elementos possibilitarão identificar as subespécies, cada qual submetida a variações em seu regime jurídico.

3 AS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

3.1 GENERALIDADES

A partir das noções acima desenvolvidas, estamos preparados para classificar as espécies tributárias, identificando o regime jurídico próprio das contribuições.

A classificação a ser feita, assim, tomará por base elementos intrínsecos, identificáveis na materialidade da hipótese de incidência: a existência, ou não, de uma atividade estatal vinculada, quer direta, quer indiretamente, ao contribuinte.

Haverá, pois, em uma primeira aproximação do tema, três espécies tributárias possíveis: (i) os impostos, cuja incidência se dá em razão de um fato econômico qualquer do contribuinte, não havendo nenhuma vinculação à atividade estatal; (ii) as taxas, cuja incidência se dá em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, havendo, para esses casos, vinculação direta a atividade estatal; e, finalmente, (iii) a contribuição de melhoria, decorrente da realização de obras públicas que produzam valorização no patrimônio do contribuinte, ocorrendo, nessa hipótese, vinculação indireta à atividade estatal.

Portanto, em princípio, da perspectiva classificatória intrínseca, podemos identificar três espécies tributárias: (i) os impostos, (ii) as taxas, e (iii) a contribuição de melhoria. Esta é versão mais clássica da classificação tripartida, defendida, entre outros, por PAULO DE BARROS CARVALHO³²⁶. Acentuamos, aqui, que tal classificação difere, em parte, daquela defendida pelo último pensamento do GERALDO ATA-

³²⁶ **Curso...**, *op. cit.*, p. 34-36.

LIBA, para quem era possível identificar uma categoria de *contribuições*, na qual estaria englobada a contribuição de melhoria — perspectiva essa com a qual somos concordes, eis que as contribuições especiais efetivamente ensejam atividade estatal indiretamente referida ao sujeito passivo³²⁷.

De fato, se na classificação mais tradicional — aquela primeira de que tratamos — adotada, entre outros, por PAULO DE BARROS CARVALHO — já era possível identificar uma classe tributária mediatamente referida ao contribuinte, a contribuição de melhoria, não há motivo para dela excluir todo um feixe de outros tributos: as contribuições especiais. Essas, previstas no artigo 149 da Constituição, também são mediatamente referidas ao contribuinte, pois ensejam atividade estatal que não retorna, de imediato, ao sujeito passivo, como ocorre nas hipóteses de taxa. Daí porque nossa concordância com ATALIBA, quando o autor expande a perspectiva tradicional para nela inserir uma terceira classe da qual a contribuição de melhoria é subespécie: as contribuições. Desse modo, obtemos as seguintes espécies tributárias: (i) impostos, (ii) taxas, e (iii) contribuições.

Em um segundo momento, a aplicação da segunda camada classificatória à distinção já obtida determina subespécies tributárias. Assim, ao se submeter as espécies tributárias mencionadas ao critério funcionalidade, obter-se-á uma nova categoria, subespécie das contribuições: as contribuições especiais³²⁸.

E as contribuições especiais comportam, ainda, novas subespécies, na medida em que tenham finalidades distintas eleitas pela Constituição. Para as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, resta evidente que o pressuposto finalístico será a existência de real e efetiva intervenção. Quando essa não ocorrer, ou se trata de um outro tributo, ou a contribuição foi desfigurada, ensejando inconstitucionalidade³²⁹.

³²⁷ **Hipótese...**, *op. cit.*, p. 160-162. O caso das CIDE's, como veremos ainda adiante, é peculiar, ensejando esforço classificatório continuado.

³²⁸ Nem todas as contribuições especiais, todavia, encaixam-se nessa subespécie. Algumas serão tidas por impostos *stricto sensu*, nas hipóteses em que sua finalidade cumpra-se tão-só por sua incidência, sem que haja necessidade de vincular a arrecadação a um órgão, despesa ou fundo qualquer. Dessa categoria ainda cuidaremos adiante.

³²⁹ Retornamos, aqui, à já referida problemática da desvinculação de receitas, temática já versada, ainda que com alguma brevidade, no capítulo V, p. 118-121.

Exploremos, pois, com um pouco mais de detença, as espécies tributárias, de modo que estejamos habilitados a identificá-las com facilidade quando necessário.

3.2 OS IMPOSTOS

Dissemos que a classificação das espécies tributárias aparta a tributação não-vinculada a uma atuação estatal daquela vinculada a uma ação do Estado. Nesse sentido, os impostos são os tributos não-vinculados por excelência. Sua materialidade refere um fato qualquer do contribuinte para incidir. A única exigência que se faz, para que essa espécie tributária possa incidir, é que se trate de um fato com expressão econômica.

São os impostos, portanto, o instrumento mais adequado para suprir a necessidade arrecadatória do Estado. Sua função é prevalentemente fiscal, e essa fiscalidade não se liga a nenhuma finalidade específica, de modo que toda a arrecadação percebida em sua percussão econômica será dirigida ao caixa-geral do Estado. Aliás, a Constituição Federal expressamente proíbe qualquer vinculação da receita dos impostos — artigo 167, IV —, a não ser em algumas situações excepcionadas pelo próprio texto constitucional.

Prestam-se, não resta dúvida alguma, “(...) ao financiamento de *atividades gerais do Estado*”, no dizer preciso de LUCIANO AMARO, que também lhes identifica as características³³⁰:

- a) são instituídos mediante a previsão legal de fatos típicos (em geral — mas não necessariamente — nominados na norma definidora de competência), que, uma vez ocorridos, dão nascimento à obrigação tributária;
- b) não se relacionam a nenhuma atuação estatal divisível e referível ao sujeito passivo;
- c) não se afetam a um determinado aparelhamento estatal ou paraestatal, nem a entidades privadas que persigam fins reputados de interesse público.

Com ATALIBA, uma verificação importante faz-se absolutamente necessária:

³³⁰ **Direito Tributário Brasileiro**, p. 80.

*“Todo tributo não vinculado é imposto”*³³¹. A não vinculação aqui referida, ainda uma vez esclarecemos, é vinculação a uma atuação estatal. Isso implica dizer que pode perfeitamente haver vinculação a uma finalidade, desde que aplicado, por sobre essa espécie, o critério extrínseco. Feita tal operação, poderíamos perfeitamente identificar duas espécies de imposto: (i) aquela preponderantemente fiscal, cuja finalidade precípua é a arrecadação das verbas necessárias à manutenção do Estado, e (ii) aquela preponderantemente extrafiscal, cuja função é cumprir alguma outra finalidade constitucional. O exemplo clássico desse segundo tipo de imposto é o Imposto de Importação, quando objetiva cumprir importantes funções ligadas à extrafiscalidade³³².

Retornando à afirmação de ATALIBA que vimos de reproduzir — *“Todo tributo não vinculado é imposto”* —, o que importa, pois, deixar vincado nessa nossa brevíssima incursão nos impostos é que, se houver alguma outra figura tributária desvinculada de atuação estatal, ela será classificada como imposto. Nesse caso, poderá ele ser ou não extrafiscal — determinação que só será possível no exame do caso concreto —, mas o produto da arrecadação será dirigido ao caixa-geral do Estado ou ao cumprimento de alguma atividade de caráter geral.

3.3 AS TAXAS

Adentrando nas espécies tributárias vinculadas a uma atuação estatal, podemos distinguir as taxas e as contribuições. Ambas estão intimamente ligadas a uma atuação estatal referida ao sujeito, mas se apartam porque a relação entre o sujeito passivo e o Estado é diversa para cada qual dos casos.

Em primeiro lugar, as taxas. Para elas, a referibilidade da atuação estatal é imediata. Isso importa dizer que a atuação estatal a elas referida está em conexão direta

³³¹ **Hipótese...**, *op. cit.*, p.122.

³³² Anotamos que nesse trabalho não estamos preocupados com a finalidade extrafiscal dos impostos, e por isso não examinamos possíveis critérios de controle de sua constitucionalidade, especialmente aqueles mais de perto ligados à uma finalidade. É possível que, sob o enfoque finalístico, um ou mais impostos instituídos com base em critério extrafiscal seja inconstitucional. Essa possibilidade, contudo, deve ser pesquisada por quem se aventurar a tratar ou dos impostos, especificamente, ou da extrafiscalidade como um todo.

com um fato praticado pelo contribuinte³³³. Por isso, “(...) *para que se configure a taxa, basta a lei prever atuação estatal que tenha referibilidade a alguém (que poderá ser posto como sujeito passivo do tributo)*”³³⁴.

E as hipóteses de referibilidade imediata previstas pelo ordenamento constitucional — artigo 145, II — são duas: (i) exercício do poder de polícia, ou (ii) utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

Neste ponto fazemos apenas pequena digressão para afirmar que se deve tomar muito cuidado no concernente às taxas instituídas em razão da utilização, pelo indivíduo, de serviços públicos. É que nem sempre será possível a utilização de taxas.

Temos dito, já, em várias passagens, que a configuração e o conceito de serviço público têm sofrido fortes modificações na contemporaneidade, ensejando reestudo aprofundado de sua disciplina jurídica. É que muitos serviços foram desestatizados, sem contudo sofrerem *despublicatio*, o que lhes imputa regime híbrido, a que denominamos, por falta de expressão melhor, *serviços de interesse geral*. Estes últimos são prestados em regime de Direito Privado com forte atuação do regime de Direito Público — artigos 173 e 175 da Constituição Federal. Por isso, e já que se faz necessária a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, a remuneração dos concessionários não se faz por via de taxa, mas de preço. Assim, as taxas em razão da prestação de serviço público, hoje, têm-se restringido ao âmbito daqueles serviços que, públicos, não podem integrar o conceito e o regime dos serviços de interesse geral — ou serviços públicos industriais e comerciais³³⁵.

Finalmente, para que não nos alonguemos em demasia, calha sublinhar fortemente que, por ser a referibilidade imediata no caso das taxas, elas só podem ser cobradas — e instituídas — a título de contraprestação de uma atividade estatal — exer-

³³³ Assim ATALIBA, para quem “A hipótese de incidência da taxa é uma atuação estatal diretamente (imediatamente) referida ao obrigado (pessoa que vai ser posta como sujeito passivo da relação obrigacional que tem a taxa por objeto)” — **Hipótese...**, *op. cit.*, p. 129.

³³⁴ *Ibid.*, p. 130.

³³⁵ Para considerações mais aprofundadas no concernente ao tema da remuneração dos concessionários de serviço público, cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 340-350.

cida por via do poder de polícia ou prestada ou posta à disposição por meio dos serviços públicos, excluídos deles os serviços de interesse geral³³⁶.

Quanto à finalidade, entendemos que não é critério passível de aplicação às taxas, uma vez que suas hipóteses de instituição são absolutamente restritas às duas atividades já previstas na Constituição — exercício de poder de polícia e utilização efetiva ou potencial de serviço público. Essas atividades caracterizam, desde logo, as duas únicas finalidades constitucionais possíveis, não havendo cabida em expansão das hipóteses a outras finalidades, que somente encontrarão abrigo (i) ou sob a formulação jurídica de impostos, (ii) ou sob a caracterização de alguma das subespécies contributivas³³⁷.

3.4 AS CONTRIBUIÇÕES E SUAS SUBESPÉCIES

Também as contribuições são devidas em razão de atividade estatal, mas diversamente das taxas a atuação estatal será mediatamente referida ao obrigado. Isso implica dizer que a atuação do Estado não é voltada ao indivíduo, mas se refere a um grupo de indivíduos, como um todo. ATALIBA, pois, define que *‘Na contribuição medeia, entre a atuação e o obrigado, uma circunstância, um fato intermediário. É mediante esse fato ou circunstância que se estabelece a referibilidade entre a atuação estatal e o obrigado, o que nos leva a reconhecer que essa referibilidade é mediata, em contraste com o que se passa na taxa’*³³⁸.

Duas podem ser as formas de referibilidade mediata entre o sujeito passivo da contribuição e a ação praticada pelo Estado: (i) o contribuinte, por ação sua, provoca a atuação estatal (atuação provocada), ou (ii) a atuação, ela mesma, produz um efeito que se referirá ao sujeito passivo, daí a razão dele integrar a relação jurídico-tributária

³³⁶ Anota ATALIBA com percuciência: *‘É essencial à definição da taxa a referibilidade (d i-reta) da atuação ao obrigado. Só quem utiliza o serviço (público, específico e divisível) ou recebe o ato ‘de polícia’ pode ser sujeito passivo da taxa’* — **Hipótese...**, *op. cit.*, p. 138.

³³⁷ Poder-se-ia cogitar, em hipóteses excepcionalíssimas, de utilização extrafiscal das taxas, hipótese de tal modo inusitada que dela não faremos maiores considerações.

³³⁸ **Hipótese...**, *op. cit.*, p. 130.

(atuação provocante)³³⁹. Essa segunda hipótese é aquela aplicável às contribuições de melhoria, ao passo que a primeira (atuação provocada) parece ser a mais adequada, como melhor se esclarecerá adiante, para o entendimento das contribuições especiais — sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias econômicas e profissionais³⁴⁰.

Aplicando-se, no ponto, o critério finalístico à contribuição, podemos identificar suas subespécies, ligadas às suas específicas finalidades. Assim, quatro são as subespécies que podem ser deduzidas do ordenamento constitucional: (i) as contribuições de melhoria, cuja finalidade é o financiamento de obra pública que aproveite ao sujeito passivo; (ii) as contribuições sociais, cuja finalidade é o custeio das atividades ligadas aos benefícios previdenciários ou à segurança social genericamente considerada — em sentido amplo, abrangendo aposentarias, seguro-desemprego, bolsa-escola e outras modalidades, (iii) as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, cuja finalidade é promover um investimento traduzível em benefício monetário ou material aos sujeitos passivos, induzindo e dirigindo a ordem econômica às finalidades previstas no artigo 170 da Constituição Federal; e (iv) as contribuições de interesse das categorias econômicas e profissionais, cujo objetivo é proporcionar maior desenvolvimento à atuação dos órgãos de classe e outras atividades ligadas à esfera dessas específicas ca-

³³⁹ ATALIBA explana a situação com absoluta clareza: *‘Na contribuição, ou se tem uma atuação estatal que produz um efeito, o qual (efeito) se conecta com alguém (que é, pela lei, posto na posição de sujeito passivo), ou, pelo contrário, se tem uma pessoa (que afinal será sujeito passivo) que desenvolve uma atividade, ou causa uma situação que requer, exige, provoca ou desencadeia uma atuação estatal’* — **Hipótese...**, *op. cit.*, p. 130. Mais adiante, em outra passagem, distingue a atuação provocante daquela provocada: *‘No primeiro caso [atuação provocante], a atuação estatal provoca uma consequência (elemento intermediário), a qual se refere (se liga) ao obrigado. (...)*

No segundo caso [atuação provocada], a atuação estatal é provocada por uma situação, fato, acontecimento, (elemento intermediário), a qual se refere (se liga) ao obrigado’ [esclarecemos nos colchetes] — *Ibid.*, p. 163.

³⁴⁰ Posição semelhante é defendida por BETINA TREIGER GRUPENMACHER que, fundada nos ensinamentos de ATALIBA, leciona: *‘As contribuições, dizia ele [ATALIBA], se incluem dentro de duas categorias, conforme a atuação estatal seja posta no cerne da hipótese de incidência, sendo esta atuação estatal provocante ou provocada. Dizia ele que a atuação estatal provocante é aquela relacionada à contribuição de melhoria: o Estado realiza a obra pública que causa valorização imobiliária e isso leva o contribuinte a pagar o tributo. A atuação estatal provocada é aquela em que o contribuinte realizando determinada ação provoca a atuação do Estado — que julgo ser a classificação adequada para as contribuições de intervenção no domínio econômico’* [esclarecemos nos colchetes] — Contribuições (Mesa de Debates “F” do “XVII Congresso Brasileiro de Direito Tributário”), **RDT**, n. 91, p. 152.

tegorias.

De todas essas subespécies, interessa-nos mais de perto a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Por isso, meditemos mais longamente a seu respeito. A intervenção que essa espécie contributiva promove se dará, pois, como versamos no capítulo V, pela via indireta, expressa por dois modos: por indução ou por direção. Cada um desses modos enseja tributo diverso. Iniciemos nossa análise pelas intervenções por indução, aquelas que são sustentadas tão-só pela ação extrafiscal³⁴¹.

A ação estatal, nos casos de extrafiscalidade preponderante, dá-se exclusivamente no plano normativo, visando ao desestímulo dos agentes econômicos sobre os quais pese a incidência da exação. Por esse motivo não há, e nem poderá haver, uma conduta estatal diretamente referida ao obrigado nesses casos particulares. Sua instituição será feita através de análise econômica prévia, que indique, de maneira razoavelmente segura, o comportamento dos agentes econômicos uma vez que o tributo comece a atuar³⁴². Para tanto, pode ser até mesmo necessário um estudo que aplique a teoria dos jogos, como referimos no capítulo V.

Portanto, aplicada uma classificação extrínseca, o resultado obtido — para os casos particulares de atuação preponderantemente extrafiscal — é a divisão do imposto, tributo não vinculado a uma atuação estatal, em duas espécies: (i) um imposto sem uma finalidade extrafiscal específica, que pode ser denominado imposto *stricto sensu*, e (ii) um outro imposto, no qual a finalidade extrafiscal exerce papel fundamental, e que pode ser denominado *imposto-contribuição* ou *contribuição-imposto*³⁴³. Em ambas as hipóteses, forçoso notar, não poderá haver previsão de destinação da arrecadação, pois, em se tratando de imposto, ela é vedada pela Constituição — artigo 167, IV.

Mas há uma outra CIDE, uma cuja funcionalidade exige atuação fiscal — te-

³⁴¹ Ou preponderantemente extrafiscal, já que inexistente função fiscal ou extrafiscal pura — as diferenças entre ambas são, como já sublinhado, tipológicas.

³⁴² As contribuições de equalização fundadas nos objetivos descritos pelo artigo 146-A da Constituição Federal são um bom exemplo desse tipo de atuação — extrafiscal — cuja finalidade se esgota em sua incidência.

³⁴³ A despeito de considerarmos a primeira nomenclatura — *imposto-contribuição* — mais adequada cientificamente, na medida em que coloca em ordem espécie e subespécie, preferimos adotar a segunda — *contribuição-imposto* — porque, ao colocarmos a contribuição na frente do imposto, chamamos a atenção para sua *funcionalidade*, que se realizará pela via extrafiscal.

leológica, como sublinhamos —, e que, por isso, enquadra-se com exatidão na exigência de referibilidade mediata ao contribuinte: deverá existir ação estatal, consistente na prestação de materialidades fruíveis, e que respeitem, indiretamente, ao contribuinte individual, porque referidas ao grupo econômico que esse contribuinte integra, como um todo. Em tais hipóteses há verdadeira contribuição, que não se assemelhará ao imposto e nem produzirá divisão na categoria de tributos não-vinculados, contrariamente ao que pensa SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO³⁴⁴. Será a contribuição incidente, v.g., sobre os serviços públicos industriais e comerciais, aqueles que em sua atual configuração, habitantes de ambiente híbrido, podem ser denominados serviços de interesse geral.

De fato, a atuação de determinadas classes no domínio econômico induz o Estado a agir, intervindo. E essa intervenção está em referência com aquela ação do particular que leva ao atuar estatal. Trata-se da aplicação do princípio da retributividade: paga-se porque há a necessidade do Estado agir, mediante a provocação daquele grupo colocado como contribuinte e que ao qual refluirá a prestação estatal. É o caso, como bem identifica SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, das contribuições previdenciárias, por ele denominadas *‘sinalagmáticas’*³⁴⁵. É também o caso, assim pensamos, das CIDE’s com função fiscal teleológica, porque nelas haverá motivação econômica que demandará atividade estatal, como ocorre, v.g., nos tributos de caráter ambiental, quando tenham por escopo financiar a recuperação do meio ambiente necessá-

³⁴⁴ A respeito do tema, manifesta-se o autor: *‘O caso das contribuições interventivas é muito grave (...) A Constituição apenas diz que a União pode instituí-las para respaldar a sua atuação no setor econômico sob intervenção, daí que a doutrina procura extrair a tese da referibilidade para dizer que só devem pagá-las as pessoas beneficiárias da intervenção. É apenas uma palavra doutrinária, de resto sensata. O Judiciário não tem feito uma construção sistêmica da Constituição para vedar a multiplicidade sempre crescente destas contribuições que já formam hoje legião. Para cada despesa da União se está a inventar uma contribuição, num movimento totalmente contrário ao artigo 167, inciso IV, da Carta que não quer e até proíbe a vinculação do produto da arrecadação dos impostos a órgão, fundo, programa ou despesa. Bem examinadas as coisas, essas contribuições não passam de impostos específicos, pois o fato gerador delas, via de regra, é uma situação da vida independentemente de qualquer atuação estatal relativamente à pessoa do contribuinte pagante. (...) Os impostos são precisamente os únicos tributos cujo fato gerador não implica atuação estatal alguma relativamente à pessoa do pagante. É claro que o resto da sociedade pode eventualmente ser beneficiado. Não é suficiente para chamar a um imposto de contribuição’* — **Curso...**, op. cit., p. 475-476.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 479-480.

ria em virtude de atitude poluidora do grupo sob intervenção³⁴⁶. Ocorre, nesses casos, como já visto, intervenção por direção.

Em conclusão, pode-se entender que há duas espécies de CIDE's.

A primeira não caracteriza verdadeira contribuição, posto não ensejar uma atividade estatal mediata ou imediatamente referida ao sujeito passivo. Pelo contrário, a classificação aqui é de imposto, ou, se quisermos manter a atenção focada em sua funcionalidade, que se esgota na própria incidência da exação, sem que seja relevante a obtenção e posterior destinação do produto da arrecadação, *contribuição-imposto*.

Mas a segunda espécie, naquelas hipóteses em que o destino do produto da arrecadação seja relevante para o cumprimento da função — daí termos referido a fiscalidade teleológica —, caracteriza-se como verdadeira contribuição, eis que a intervenção realizada opera referibilidade mediata ao sujeito passivo. Anotamos, ainda, que esta segunda espécie não será descaracterizada mesmo que de sua atuação faça parte função extrafiscal. Ao contrário, tal função se integrará com a fiscalidade, concorrendo para o regime de atuação e o cumprimento da finalidade da contribuição interventiva.

Traçada, assim, a exata posição classificatória das contribuições de intervenção no domínio econômico, podemos passar ao estudo da regra-matriz constitucional dessas exações, identificando o regime tributário geral a que estão submetidas. Antes, porém, detenhamo-nos, com absoluta brevidade, na questão da necessidade de lei complementar para a instituição de ditas contribuições.

³⁴⁶ Veja-se que LUIS EDUARDO SCHOUERI também parece identificar essa mesma retributividade, quando diz que *‘Válido parece, portanto, propor uma correlação entre a finalidade da contribuição e sua fonte financeira: o universo de contribuintes da contribuição de intervenção no domínio econômico há de corresponder àqueles imediatamente atingidos pela intervenção’* — Algumas Considerações sobre a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico no Sistema Constitucional Brasileiro: A Contribuição ao Programa Universidade-Empresa, in MARCO AURÉLIO GRECO (coord.). **Contribuições...**, *op. cit.*, p. 363. E tanto a referibilidade é relativa ao grupo sob intervenção, que SCHOUERI afasta considerações acerca de eventuais benefícios que possam resultar para a sociedade como um todo, enfatizando a correspondência entre o benefício e o grupo econômico eleito para a intervenção: *‘Embora de modo mediato qualquer intervenção estatal possa provocar reflexo na totalidade dos agentes econômicos (nem poderia ser de outro modo, já que o Estado sempre age no interesse do bem comum), muitas vezes a intervenção atinge, de modo imediato, determinado setor da economia’* — *Ibid.*, p. 362.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA A INSTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Uma questão sempre trazida a debate é a de que as contribuições especiais — inclusive aquelas de intervenção no domínio econômico —, deveriam ser instituídas por lei complementar, em atenção à referência estatuída no artigo 149 da Constituição Federal, que remete o regime das contribuições especiais ao artigo 146, III, da Carta, onde está prevista a edição de normas gerais em matéria tributária. Embora o tema enseje na doutrina disputas acaloradas, julgamos que sua solução é relativamente simples, não requerendo maiores digressões ou análises mais profundas.

Interpretando, pois, os dispositivos em apreço, não vemos qualquer exigência de instituição de CIDE diretamente em lei complementar. A remissão do artigo 149 ao artigo 146, III, não permite que se chegue a tanto: não há previsão concreta, literal, dizendo que devem as contribuições ser instituídas por lei complementar. Contrariamente, a lei complementar a que se refere o dispositivo, é aquela de normas gerais de Direito Tributário, função essa parcialmente cumprida pelo Código Tributário Nacional³⁴⁷.

Portanto, a remissão feita pelo artigo 149 implica que as contribuições devem seguir um regime geral tributário, estabelecido, em seu detalhamento específico, na lei complementar a que se refere o 146, III. Disso, porém, não se pode concluir que a mera aplicação do CTN seja suficiente para solver a querela. O Código, de fato, já é algo antigo, e não foi elaborado tendo em mente as contribuições, e nem foi escrito para reger tributos finalísticos. Nesse sentido, é um diploma anacrônico e lacunoso. Entendemos, assim, que o CTN não pode fazer sozinho as vezes da lei complementar geral regente das espécies contributivas³⁴⁸.

³⁴⁷ No mesmo sentido é a lição de ESTEVÃO HORVATH: *“Parece -me claro que quando o art. 149 se reporta ao art. 146, III, da Constituição, mandando aplicá-lo às contribuições, ele está exigindo que haja uma lei complementar que diga, em linhas gerais, as características das contribuições previstas naquele dispositivo”* — Das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, RDT, n. 91, p. 149.

³⁴⁸ BETINA TREIGER GRUPENMACHER concorda com essa idéia ao dizer que *“A observância do disposto no art. 146, III, demonstra, única e exclusivamente a preocupação do legislador*

O problema não é, portanto, como quer boa parte da doutrina que se atem ao debate, que as contribuições tenham que ser instituídas por lei complementar, mas, diversamente, que a lei complementar que deveria regê-las em parte inexistente. Assim, todas as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico instituídas em lei ordinária habitam uma espécie de limbo, porque, se de um lado veiculadas pela forma correta, de outro lhes faltará o suporte da lei complementar geral, pois o CTN, diploma anacrônico, apenas está apto a lhes regular alguns aspectos — como, por exemplo, a decadência e a prescrição —, sem prescrever-lhes todo o regime geral como deveria fazê-lo.

Essa condição poderia, em princípio, ser geradora de inconstitucionalidade formal das contribuições. Não pensamos, contudo, que assim seja. É verdade que a função da lei complementar, no caso, é reger de maneira genérica a formulação legal das subespécies contributivas. Inexistindo parcialmente tal lei complementar, contudo, nem por isso está o legislador ordinário impedido de instituir contribuições. Deverá, por evidente, respeitar o perfil constitucional contributivo e, na medida em que o faça, as contribuições instituídas serão constitucionais.

Contudo, ainda que admissível a instituição de contribuições sem a prévia existência de lei complementar veiculadora de regime geral, entendemo-la arriscada e não recomendável, pois os critérios de avaliação serão mais fluídos, possibilitando eventuais abusos. Com essa ressalva a respeito da importância da lei complementar geral em matéria contributiva, não vemos impedimento ao legislador ordinário para a instituição de contribuições.

*constitucional no sentido de que a lei ordinária que institua o tributo o faça com respeito às normas gerais estabelecidas em lei complementar". Assim, "Sendo certo que o Código Tributário Nacional não contém disposições sobre instituição de contribuições interventivas em respeito à exigência estabelecida no art. 149, há de sobrevir lei complementar prévia que estabeleça o tracejamento e, com ele, as normas gerais norteadoras da instituição do mencionado tributo" — Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico — Aspectos Constitucionais, **RDT**, n. 87, p. 352.*

CAPÍTULO VII — CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: SUA REGRA-MATRIZ POSSÍVEL

‘Dali foi à Câmara, onde os vereadores debatiam a proposta, e defendeu-a com tanta eloquência, que a maioria resolveu autorizá-lo ao que pedira, votando ao mesmo tempo um imposto destinado a subsidiar o tratamento, alojamento e mantimento dos doudos pobres. A matéria do imposto não foi fácil achá-la; tudo estava tributado em Itaguaí. Depois de longos estudos, assentou-se em permitir o uso de dous penachos nos cavalos dos enterros. Quem quisesse emplumar os cavalos de um coche mortuário pagaria dois tostões à Câmara, repetindo-se tantas vezes esta quantia quantas fossem as horas decorridas entre a do falecimento e a da última bênção na sepultura. O escrivão perdeu-se nos cálculos aritméticos do rendimento possível da nova taxa; e um dos vereadores, que não acreditava na empresa do médico, pediu que se relevasse o escrivão de um trabalho inútil’ [sic]³⁴⁹.

1 A REGRA-MATRIZ POSSÍVEL

A regra-matriz tributária pode ser entendida como uma norma padrão, contendo os elementos necessários e suficientes à incidência. Ora, se a regra-matriz é uma norma, sua estrutura deve, exatamente, refletir a estrutura de qualquer norma³⁵⁰. As-

³⁴⁹ MACHADO DE ASSIS, O Alienista, in **Obra Completa**, v. 2, p. 255.

³⁵⁰ OCTAVIO CAMPOS FISCHER — **A Contribuição...**, *op. cit.*, p. 128 —, fundado na doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO, sustenta que o Sistema Constitucional Tributário brasileiro tem sido estudado sob a perspectiva de um sistema de defesa das liberdades individuais e da propriedade privada contra os “ataques” do Estado, o que lhe conferiu a característica de ser estudado sob o ângulo da teoria da norma de incidência, precisando e delimitando os conteúdos da normatividade emitida pelo Estado com vistas à tributação. Isso significa, em última instância, procurar os limites máximos da atividade tributária estatal, revelando os “limites ao poder de tributar” — para nos utilizarmos da expressão cunhada por ALIOMAR BALEEIRO e que acabou consagrada no próprio texto constitucional. De outro lado, as perspectivas finalísticas que têm sido reveladas pela doutrina pós-Constituição de 1988 — especialmente MARCO AURÉLIO GRECO, cf. **Contribuições...**, *op. cit.*, *passim* —, levam à conclusão de que o estudo de uma norma tributária é bem mais complexo, e não se adstringe a esses limites, mas abarca considerações constitucionais as mais diversas, notadamente tendo-se em conta o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana que, para MARÇAL JUSTEN FILHO, caracteriza-se como o núcleo do interesse público — cf. **Conceito...**, *op. cit.*, *passim* —, interesse que fatalmente deverá guiar a instituição e cobrança dos tributos. Concordamos com esse posicionamento, sobretudo porque a Constituição não é mais, como antigamente, mero muro de retenção que continha o poder do Estado para evitar violações à liberdade. Ao contrário, a concepção constitucional mais moderna funda-se na noção de que o texto constitucional é elemento central, que deve guiar a atuação estatal, tornando-se espaço aberto e plural de discussão democrática e superação de conflitos — cf. GUSTAVO ZAGREBELSKY, **El Derecho Dúctil**: Ley, Derechos, Justicia, especial-

sim, como visto no capítulo II, é possível identificar uma estrutura bimembre na norma tributária, como aliás em qualquer outra norma: um *antecedente* e um *consequente*³⁵¹. Recordemos, pois, com absoluta brevidade, a estrutura normativa que já estudamos, para que, refrescada a memória, possamos prosseguir no estudo, aplicando tal estrutura às CIDE's.

O antecedente, dissemos, também denominado descritor ou hipótese, é aquele elemento que aponta o fato do mundo real ou jurídico — porque a norma também pode colher fatos do mundo jurídico, como sói acontecer, v.g., no Direito Tributário — que será objeto de incidência, por meio de sua descrição, daí o porquê do termo descritor. Trata-se de uma hipótese, que poderá ou não ocorrer. Para análise, o descritor pode ser cindido em quatro critérios, a saber: (i) o material, (ii) o espacial, (iii) o temporal e (iv) o pessoal³⁵².

O prescritor, por outro lado, indica uma relação jurídica, fazendo-a nascer. Compõe-se, portanto, de um critério subjetivo — que se divide em sujeito passivo e sujeito ativo — e de um critério objetivo — que implica a determinação do objeto da relação jurídica. No caso dos tributos, esse objeto será uma determinada quantia em dinheiro, obtida através de um certo parâmetro. Daí porque tal critério subdividir-se em (i) base de cálculo e (ii) alíquota, elementos determinadores do *quantum* da obrigação tributária.

A seguir, estudaremos, um a um, todos esses elementos componentes da norma tributária das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, recordando, como já advertimos anteriormente, que, neste passo, direcionaremos nosso estudo à regra-matriz constitucional, para, integrando-a com as considerações já expendidas sob

mente p. 21-45. Tais considerações, aliás, de absoluta fundamentalidade, já foram feitas quando realizamos breve estudo da Constituição Econômica. Nesse passo, diversamente, cabe-nos acrescer àquela análise estudo da submissão das CIDE's à Constituição Tributária.

³⁵¹ PAULO DE BARROS CARVALHO, *Teoria...*, op. cit., p. 48-53; *Curso...*, op. cit., p. 241-352. Ver também as considerações que fizemos sobre a estrutura da norma no capítulo II.

³⁵² Esse critério pessoal nada tem a ver com o critério pessoal do prescritor, que aponta os sujeitos da relação jurídica. No descritor há apenas a indicação, normalmente já delineada na Constituição Federal, da pessoa que deverá, integrar o pólo passivo da relação jurídica. Determina, pois, o *destinatário constitucional do tributo*, como denomina MARÇAL JUSTEN FILHO, *Sujeição...*, op. cit., p. 260-264.

o regime da Constituição Econômica, obtermos a caracterização daquilo que denominamos *perfil constitucional*, composto pela regra-matriz constitucional adicionada dos pressupostos da Constituição Econômica³⁵³.

2 A MATERIALIDADE POSSÍVEL

2.1 DELIMITAÇÃO DO CRITÉRIO

O critério material, como já expressamos, é o núcleo da hipótese normativa³⁵⁴. É a “(...) *abstração de uma ação ou de um estado d e fato, que retrata, em última análise, uma conduta (entendida em sentido amplo) de uma pessoa*”³⁵⁵. Expressa-se através de um verbo seguido de seu complemento. Sendo, essencialmente, a expressão de uma conduta, não é possível, no critério material, haver um verbo impessoal: há de ser sempre um verbo pessoal, que possa exprimir uma ação, uma conduta, praticada por um determinado sujeito em um dado lugar, num dado momento.

Ora, veja-se que é já no verbo e seu complemento que exprimem o critério material que reside a raiz dos outros critérios da hipótese. Daí a idéia de elemento nuclear, como já mencionado: efetivamente, a conduta somente poderá ser praticada por um sujeito — critério pessoal —, em um certo local — critério espacial — e em certo momento — critério temporal. Não existe a possibilidade, pois, de cindir a hipótese, desvinculando esses outros critérios do fato praticado: o recorte apenas existe no plano lógico em que se analisa a hipótese normativa. É preciso, pois, deixar bem sublinhado que tal separação é apenas lógica e visa ao tratamento científico da matéria. Ela é inexistente no plano real.

O critério material, na maioria dos impostos, vem nuclearmente delineado,

³⁵³ Ver, sobre o tema, as distinções que elaboramos no capítulo II quanto ao perfil constitucional, regra-matriz constitucional e regra-matriz de incidência.

³⁵⁴ Para PAULO DE BARROS CARVALHO, o critério material da hipótese “(...) *pode bem ser chamado de núcleo, pois é o dado central que o legislador passa a condicionar, quando faz menção aos demais critérios*” — **Teoria...**, *op. cit.*, p. 124.

³⁵⁵ MARÇAL JUSTEN FILHO, **O imposto...**, *op. cit.*, p. 78.

desde logo, no texto constitucional. É extraível, portanto da lei maior. Não é o que ocorre, no entanto, com as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, ou mesmo, de um certo modo, com as contribuições especiais. Para elas, em princípio, a Constituição apenas criou um meio, um instrumento tributário, voltado à realização de um certo fim: *funcionalizou* o tributo.

Desse modo, não se pode falar em um critério material constitucional, porque ele é indeterminado — porém determinável, mediante a concreta edição de lei. É possível, apenas, alcançar os limites máximos a que se submete a materialidade das CIDE's. Diferentemente dos impostos, o núcleo não está indicado, e o que existe é apenas uma linha externa demarcada na Constituição³⁵⁶.

Portanto, a delimitação constitucional da materialidade das CIDE's é obtida pela soma de duas aproximações diversas. A primeira delas é a determinação da finalidade eleita, porque escapar a ela, já o dissemos anteriormente, é tornar o tributo inconstitucional. A segunda, diversamente, é marcada pelas limitações à competência da União na instituição de tais figuras. Assim, integram o desenho dessa linha externa máxima as competências de todos os outros tributos e as imunidades. Trataremos de cada uma dessas fronteiras separadamente.

Antes, porém, devemos ter em conta que duas análises diversas deverão ser efetuadas, pois há duas espécies de CIDE's relativamente às funções que lhe são preponderantes, identificadas no capítulo V: (i) a extrafiscal, geradora de uma contribuição-imposto, e (ii) a fiscal teleológica, que produz uma CIDE *stricto sensu*. Para cada uma dessas funções, os limites serão diversos. Iniciemos pela função extrafiscal.

³⁵⁶ No dizer de HUMBERTO BERGMAN ÁVILA, “A Constituição, ao contrário do que se estabelece para outras espécies tributárias, não indica, textualmente, os fatos que compõem o âmbito de incidência das contribuições. Isso não quer dizer que a relação entre os dispositivos, e as implicações dela decorrentes, não possa parcialmente delimitar, com maior ou menor amplitude, quais os fatos que podem e quais os fatos que não podem compor esse âmbito de incidência. (...) não se pode confundir texto com norma e, por consequência, entender que, onde não houver disposição expressa não há norma, nem limites” — Contribuições na Constituição Federal de 1988, in HUGO DE BRITO MACHADO (coord.), **As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro**, p. 322.

2.2 MATERIALIDADE DA CIDE COM FUNÇÃO EXTRAFISCAL

Quando a CIDE tiver função preponderantemente extrafiscal, sua atuação esgotar-se-á já em sua incidência, que será suficiente para criar o desestímulo pretendido pelo legislador. Daí inexistir, nessas hipóteses, conforme sublinhamos antes, vinculação do produto da arrecadação. Exatamente porque inexistente referibilidade ao sujeito passivo — haja vista que a atuação estatal se realiza no plano normativo —, a caracterização dessa espécie de contribuição interventiva é de *imposto*, o que nos levou a denominá-la *contribuição-imposto*. A competência para instituição dessa CIDE particular segue, pois, o regime constitucional dos impostos.

Naturalmente, seguindo esse raciocínio, a primeira linha da qual não pode desbordar o legislador ao criar as contribuições de intervenção no domínio econômico é aquela imposta pelas demais competências tributárias já atribuídas. Não é possível, assim, que uma contribuição-imposto tenha a materialidade de qualquer outro imposto já constitucionalmente previsto, o que importa esvaziar de sua materialidade todos os comportamentos já delineados nos artigos 153, 155 e 156 da Constituição Federal. Mas também o imposto residual previsto no artigo 154, I da CF, uma vez que, criado, esgota aquela materialidade específica, retirando-a do campo aberto à CIDE³⁵⁷. Raciocínio semelhante pode ser aplicado ao caso dos empréstimos compulsórios: uma vez instituídos, retiram campo material de incidência da CIDE, vedando sua criação pela União.

Na mesma linha, PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA sustenta a impossibilidade de as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico incidirem sobre outros impostos cujas materialidades já estejam previstas na Constituição. Entretanto,

³⁵⁷ O mesmo já não se dá com o inciso II do art. 154 da Constituição. Essa previsão, especificamente, refere-se a impostos extraordinários de guerra, que se podem inclusive sobrepor a outros impostos já existentes, e ainda que esses sejam de competência de outro ente tributante que não a União. Portanto, para esses casos, também a CIDE já existente poderia ser sobreposta pelo imposto de guerra, bem como poderia a ele se sobrepor. A Constituição, nesse particular, deixa liberdade à União para criar um ou mais tributos que podem conviver pacificamente em paralelo com a discriminação de renda. Trata-se, no entanto, de critério absolutamente excepcional, e que somente será legitimado em situações extremas, não sobrevivendo à solução desses fatos de ordem especial.

o autor não apenas admite que as CIDE's possam ter materialidades idênticas àsquelas dos impostos da União, como as restringe às previsões do artigo 153 da Constituição Federal, o que julgamos absolutamente impossível³⁵⁸. Tratar-se-ia de uma inversão nos critérios finalísticos constitucionalmente desenhados para as CIDE's, como também ocorreria se a materialidade fosse a mesma das taxas ou de outras contribuições. Ademais, ao admitir que apenas as materialidades descritas artigo no 153 da CF sejam admissíveis para as contribuições interventivas, o autor distorce por completo o sistema tributário, pois tal hipótese tem por consequência inadmitir a existência de contribuição autônoma, resultando ainda que aos impostos “comuns” seja possível instituir adicional com exclusiva função extrafiscal — a título de CIDE — ou, o que é ainda mais grave, adicionais com arrecadação vinculada.

Sobre o mesmo tema, TÁCIO LACERDA GAMA sustenta posição frontalmente contrária àquela aqui defendida, porque não considera possível, como nós, a existência de contribuições interventivas caracterizadas como verdadeiros impostos³⁵⁹. Seu posicionamento, diversamente, é harmônico com o nosso naquilo que respeita às materialidades possíveis das contribuições interventivas com função fiscal teleológica, como veremos no item a seguir, quando retornaremos à questão.

Tratando-se a CIDE, por outro lado, de tributo que deve atingir uma determinada finalidade específica, não pode ainda se sobrepor a outras contribuições, porque, se o fizesse, estaria retirando-lhes a finalidade, o que não é constitucionalmente permitido. É da própria lógica do sistema que não possam haver duas contribuições incidentes sobre um mesmo comportamento e com finalidades diferentes: o resultado seria conflitante e de impossível contorno. Basta figurarmos um exemplo para tornarmos o raciocínio claro.

Imaginemos uma determinada contribuição social incidente sobre certo comportamento e cuja finalidade seja dirigir recursos a um dado programa de objetivos sociais. Se o mesmo fato for tributado por uma CIDE extrafiscal, esta última contribuição trará em seu bojo uma finalidade econômico-interventiva, qual seja, a de produzir

³⁵⁸ **Contribuições...**, *op. cit.*, p. 59-62.

³⁵⁹ **Contribuição...**, *op. cit.*, p. 206-209.

desestímulo no setor da economia tributado. Assim, a consequência seria a de que apenas uma das finalidades seria cumprida: (i) ou bem se conseguiria desestimular aquele setor econômico, caso em que a contribuição social deixaria de cumprir seu papel na medida em que um setor desestimulado provocaria queda na arrecadação, produzindo-se inconstitucionalidade da contribuição social; (ii) ou bem se conseguiria cumprir o objetivo social, continuando a arrecadação estável e direcionada ao programa instituído, caso em que a CIDE será inócua e, exatamente por isso, descumpridora de sua função extrafiscal, tornando-se inconstitucional.

Por fim, não haveria sentido em que as contribuições tivessem a mesma materialidade das taxas: a questão, aqui, novamente diz respeito à funcionalidade. Se as taxas servem para remunerar atuações do Estado na prestação de certos serviços públicos, específicos e divisíveis, ou para remunerar o atuar administrativo no exercício do poder de polícia, a instituição de contribuições interventivas seria deslocada nesses casos: inexistiria qualquer objetivo ao qual se pudesse voltar a intervenção, porque ao Estado não faria sentido desestimular condutas por ele próprio praticadas e, mais ainda, por ele próprio determinadas. Instituir CIDE's com a materialidade de taxas significaria dizer que o Estado não é uno, e coloca-se em choque consigo próprio, no seu atuar econômico, daí precisar intervir em domínio próprio³⁶⁰.

Portanto, em resumo, a primeira das linhas limítrofes externas da materialidade das CIDE's é a competência tributária do Estado. Na hipótese de contribuição interventiva com função preponderantemente extrafiscal, ou contribuição-imposto, não pode haver qualquer invasão de competência, ou mesmo sobreposição, em qualquer das outras espécies tributárias das quais o Estado seja titular, à exceção dos impostos extraordinários de guerra previstos no artigo 154, II, da Constituição Federal.

A segunda linha limítrofe, como apontamos anteriormente, refere-se às imunidades. Efetivamente, as imunidades, enquanto componentes da norma jurídica, espelham-se diretamente no critério material da hipótese normativa, para conformar-lhe o

³⁶⁰ Isso não significa que as taxas não possam cumprir função extrafiscal. Elas o fazem em algumas situações absolutamente excepcionais, como já deixamos anotado. O que não é possível é a sobreposição de CIDE e taxa. Se houver taxa, é ela, e somente ela, que estará habilitada a cumprir a função extrafiscal.

âmbito de atuação. Dessa maneira, só poderá existir materialidade tributária fora do espaço imune: ele (re)corta-lhe a atuação, desenhando o contorno normativo possível³⁶¹. Assim, são aplicáveis às Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico com função preponderantemente extrafiscal todas as mesmas imunidades que atingem os impostos — CF, art. 150, VI —, incluindo-se aí aquelas recíprocas³⁶². Exclui-se, também, do escopo da materialidade das CIDE's as receitas decorrentes de exportação, imunizadas pelo preceito específico do art. 149, § 2º, I da Constituição Federal.

Assim, composto o limite imunizante com o competencial, obtêm-se as linhas gerais que circundam o espaço material no qual as contribuições interventivas atuarão. Dentro desse campo, todas as materialidades possíveis que sejam aptas a provocar uma ação interventiva serão constitucionais³⁶³.

³⁶¹ Adotamos, nesse particular, a tese de SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, para quem "(...) os dispositivos constitucionais imunizantes 'entram' na composição da **hipótese de incidência das normas de tributação**, configurando-lhes o alcance e fixando-lhes os lindes" — **Teoria...**, *op.cit.*, p. 205. A imunidade, aliás, reflete norma de competência constitucional tal como aquela que desenha as competências tributárias. E nunca é demais lembrar que tais normas competenciais existentes na Constituição traçam, ainda que de maneira nuclear, o início do tributo. Por isso já afirmar JOSÉ ROBERTO VIEIRA, fundado na doutrina autorizada de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, que a Constituição cria tributos sim, ao contrário do que expressa a maior parte da doutrina nacional. Não os cria, é evidente, de maneira completa e exaustiva, mas ao desenhar-lhes o núcleo básico e essencial inicia-lhes a formação, o que permite afirmar que o início dos tributos é dado já pelo Diploma Magno. Sobre o tema, cf. JOSÉ ROBERTO VIEIRA, E, Afinal, a Constituição Cria Tributos!, in HELENO TAVEIRA TÔRRES (coord.), **Teoria Geral da Obrigação Tributária: Estudos em Homenagem a José Souto Maior Borges**, p. 594-642.

³⁶² Reside aqui mais um motivo para a impossibilidade de materialidades contributivas idênticas às das taxas: estar-se-ia tributando, por meio de contribuição, serviço prestado pelo Estado, em frontal violação ao preceito constitucional imunizante. Ainda quanto às imunidades recíprocas, observe-se que o § 3º do art. 150 da Constituição retira de seu âmbito aqueles serviços que sejam objeto de exploração econômica no regime privatista, que são remunerados por meio de tarifa. As tarifas, efetivamente, são completamente diversas das taxas, e remuneram a prestação de serviços públicos que tenham sido objeto de concessão — serviços que denominamos de interesse geral. A esse respeito, e com especial ênfase na análise da remuneração dos concessionários de serviços públicos que resulta na diferenciação entre taxa e tarifa, cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 340-350.

³⁶³ Sem que esqueçamos, jamais, que a finalidade deverá estar sendo cumprida, ou seja, deve ser perfeitamente observável o desestímulo — opostamente àquele do IPI incidente sobre cigarros, que tudo indica seja inexistente. Do contrário, ainda que a área de atuação material seja permitida, a Constituição vedará a instituição da CIDE.

2.3 MATERIALIDADE DA CIDE COM FUNÇÃO FISCAL TELEOLÓGICA

Já a competência para a instituição de materialidades possíveis no caso das CIDE's com função fiscal teleológica é diferente. Nessa hipótese, estamos tratando de uma contribuição *stricto sensu*, e não de uma contribuição-imposto. Assim, o espaço competencial é mais amplo.

Em primeiro lugar, não se aplicam aqui aquelas restrições à materialidade próprias dos impostos. Naquela situação, a Constituição estabeleceu os limites admissíveis à competência tributária, determinando, expressamente, as materialidades possíveis e lançando em campo residual as materialidades que não estivessem previamente escolhidas. O campo residual, assim, é um campo que se determina por exclusão. E, quando as contribuições interventivas configurarem impostos — como no caso analisado no item anterior —, recairão nesse campo residual formulado por exclusão.

Diversamente, porém, ocorre com as contribuições interventivas em sentido estrito. Aqui, se as materialidades não estão previamente determinadas — e o mesmo ocorria com as contribuições-imposto —, tampouco há vedação constitucional, expressa ou implícita, que estabeleça limites formais à escolha de materialidades. O único limite existente, neste passo, não é formal, mas respeita à própria finalidade da contribuição: ela deve ser cumprida, sob pena de inconstitucionalidade.

Ora, para cumprimento da finalidade, como dissemos, é preciso que exista vinculação do produto da arrecadação a uma determinada prestação estatal mediatamente referida ao contribuinte. Ao mencionarmos a necessidade de arrecadação, pretendemos sublinhar que ela só pode ser obtida se incidente, a contribuição, sobre um fato econômico. E, mais do que isso, o fato econômico deve estar referido, de algum modo, à prestação estatal. Não é possível eleger fato econômico que não guarde qualquer ligação com a prestação estatal mediatamente referida ao contribuinte, porque se assim ocorrer, estaremos diante de hipótese de imposto com arrecadação vinculada, o que é inconstitucional — artigo 167, IV. O fato objeto de tributação deve, realçamos, estar em grau de referibilidade com a prestação fornecida a partir do produto da arre-

cadação, sob pena de inconstitucionalidade³⁶⁴.

Não é possível, pois, em princípio, determinar que fatos concretos são passíveis de tributação por via de CIDE, e nem a Constituição o faz. Ao contrário, a Carta Magna é genérica, e refere apenas a finalidade interventiva. Isso leva-nos a concluir que qualquer fato que esteja referido à atuação estatal é passível de tributação, independente de sua materialidade já ser objeto de outro tributo. A sobreposição de materialidades, aqui, não é vedada como no caso dos impostos analisados anteriormente. A CIDE pode, portanto, ter materialidade que seja própria de impostos já instituídos, ainda que sejam impostos alocados fora da competência tributária da União. O compromisso constitucional é com a funcionalidade, que deve ser cumprida³⁶⁵.

Para exemplificar, retornemos a uma hipótese que figuramos anteriormente: a União pretende fomentar o mercado de álcool, ao mesmo tempo desestimulando as vendas de gasolina. Para isso, instituirá uma CIDE que, incidente sobre a venda de gasolina, arrecadará montantes que servirão à subvenção dos produtores de álcool³⁶⁶.

³⁶⁴ Esse tracejamento é fornecido pelo princípio da proporcionalidade na sua dimensão de adequação, significando que a contribuição instituída deve ter sua materialidade adequada ao cumprimento da função a ela imputada.

³⁶⁵ TÁCIO LACERDA GAMA, como já referimos, defende essa posição. Cf. **Contribuições...**, *op. cit.*, p. 206-209. Também é o pensamento de MARCO AURÉLIO GRECO: *‘A Constituição não adota a materialidade do fato gerador para atribuir competências. Seu critério é outro. Portanto, na lei instituidora, o que deverá ser verificado é o atendimento à finalidade. Se, para fins de viabilização operacional da contribuição, for previsto fato gerador ou base de cálculo idênticos aos dos impostos e se, nesta formulação, estiverem atendidos os requisitos de compatibilidade com a finalidade, a superposição em relação a fato gerador e base de cálculo de impostos será uma ‘eventualidade’, mas não uma ‘inconstitucionalidade’. Inconstitucionalidade haverá se os critérios, parâmetros e requisitos ligados à aferição da compatibilidade finalista estiverem desatendidos. Caso contrário, a superposição poderá ser criticável por razões econômicas, por implicar aumento dos custos de produção, por gerar distorções, em suma, por incomodar profundamente, mas nunca é demais repetir que ‘nem tudo o que incomoda é inconstitucional’*” — **Contribuições...**, *op. cit.*, p. 149. O Supremo Tribunal Federal, aliás, manifesta-se no mesmo sentido. Veja-se extrato do voto do Min. CARLOS VELLOSO, no RE 228.321, DJ 30/05/2003, disponível em <www.stf.gov.br>, acesso em 18/04/2006: *‘Quando do julgamento dos RRE 177.137-RS e 165.939-RS, por mim relatados, sustentamos a tese no sentido de que, tratando-se de contribuição, a Constituição não proíbe a coincidência de sua base de cálculo com a do imposto, o que é vedado relativamente às taxas.’*

³⁶⁶ O problema, aqui, poderia ser a igualdade, já que é possível figurar os mercados de álcool e gasolina em concorrência direta, o que ensejaria desrespeito à regra isonômica. Todavia, esses dois mercados diversos podem também ser configurados como um único mercado, o de combustíveis, e nesse caso as considerações sobre isonomia seriam diversas. Contudo, desconsideremos, por um momento, a isonomia para nos preocuparmos apenas com a adequação da ação estatal em relação à materialidade escolhida.

Nesse caso, não há dificuldade em ver que a materialidade escolhida é a adequada a produzir, ao mesmo tempo, a arrecadação e o desestímulo pretendidos: o valor da gasolina. Todavia, essa materialidade está, também, abarcada na competência dos Estados, dado ter sido eleita para a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. A incidência dessa CIDE é possível?

Temos para nós que sim. Nada na Constituição impede a eleição de tal materialidade. Aliás, desde que o fato — venda de gasolina — esteja em referência à atuação estatal, sua eleição como critério material será adequada.

Entendemos, todavia, que, se a sobreposição de materialidades é possível para os impostos, não o é para as taxas ou para outras contribuições. As razões para tanto são as mesmas deduzidas no item anterior: (i) no caso das taxas, haverá exercício do poder de polícia ou prestação de serviço público, hipótese que não se enquadra na intervenção por via de contribuição, e (ii) no caso de outras contribuições, a própria lógica do sistema o impede, dado que as finalidades de uma e outra contribuições seriam incompatíveis.

Por fim, ressaltamos que, também como naqueles casos do item anterior, as imunidades representam limite intransponível à instituição de CIDE's. Todavia, somente a imunidade prevista para as contribuições pode delimitar a materialidade dessas CIDE's — art. 149, § 2º, I —, sendo inaplicáveis, de todo, as imunidades exclusivas dos impostos — art. 150, VI.

Deixamos consignado, como última e relevante nota, que se deve haver um critério material que esteja adstrito ao âmbito de competência constitucional e se esse critério deve, necessariamente, atender a uma finalidade interventiva, é cristalino que a materialidade da hipótese normativa deve espelhar a finalidade da contribuição. Se há um critério finalístico de validação, ainda que ele não diretamente considerado na análise da regra-matriz de incidência tributária, ele deve ser levado em conta, e a norma tributária, especialmente por via de seu critério material, deve refletir a finalidade a que serve. Se isso não ocorrer, a inconstitucionalidade será patente porque descumprida a dimensão de adequação do princípio da proporcionalidade. Esse é um limite importantíssimo que não deve jamais ser olvidado.

3 CRITÉRIO PESSOAL DA HIPÓTESE NORMATIVA (O DESTINATÁRIO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO)

O critério pessoal da hipótese refere-se, em linha direta, ao sujeito que praticou o fato descrito no antecedente normativo. Como explica SACHA CALMON NAVARRO COELHO, ‘(...) o fato jurígeno (um ‘ser’, ‘ter’, ‘estar’ ou ‘fazer’) está sempre ligado a uma pessoa, e, às vezes, os atributos ou qualificações dessa pessoa são importantes para a delimitação da hipótese de incidência’³⁶⁷. E é MARÇAL JUSTEN FILHO quem esclarece a necessidade do critério pessoal da hipótese ao explicar:

(...) a eleição de uma certa situação para compor a materialidade da hipótese de incidência importa automática seleção de sujeitos. Se foi eleita, como evidenciadora de riqueza que autoriza a tributação, uma certa situação, é inegável que a regra imperiosa será a de que o sujeito obrigado ao dever tributário seja exatamente aquele que é titular dessa riqueza ou está com ela referido. Porque a não ser assim, o resultado seria o de que haveria uma desnaturação da norma, acarretando a incidência do dever sobre pessoa diversa e a tributação sobre riqueza distinta³⁶⁸.

Sublinhe-se que não trata, esse critério pessoal, da determinação do sujeito passivo, que apenas será identificável no momento em que existente a relação jurídica tributária. Estamos a tratar, na expressão de JUSTEN FILHO, do *destinatário constitucional tributário*³⁶⁹.

No caso das contribuições, assim como dos demais tributos, é de fundamental importância a determinação do destinatário constitucional do tributo. Também aqui deve existir um sujeito que, ao praticar determinado fato, produz riqueza, ensejando a tributação. Pelo critério de validação que informa as contribuições, porém, não basta que exista riqueza, é preciso mais: é preciso que o destinatário constitucional da norma seja um agente econômico que pratique fatos ensejadores de intervenção — incide o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de adequação. Daí porque se exigir

³⁶⁷ **Teoria...**, *op. cit.*, p. 95-96.

³⁶⁸ **Sujeição...**, *op. cit.*, p. 262.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 260-264.

que a contribuição incida apenas em um setor da economia, qual seja, aquele que abrange os agentes ligados à prática dos fatos sobre os quais se pretende realizar a intervenção. Essa condição é necessária e inafastável, e decorre da finalidade interventiva que grava indelevelmente as CIDE's³⁷⁰.

A intervenção no domínio econômico é sempre setorial, excepcional. Deve vigorar o princípio da liberdade econômica, haja vista ser nossa Constituição estruturada em uma ideologia capitalista, ainda que ela seja amenizada em algum grau pelos princípios sociais constantes do Texto Magno. Portanto, é absolutamente imprescindível que os agentes apontados pela norma constitucional como destinatários da tributação integrem de forma efetiva o grupo sob intervenção³⁷¹. São esses, exatamente, os destinatários constitucionais da CIDE.

4 O SUJEITO ATIVO POSSÍVEL: A PROBLEMÁTICA DA PARAFISCALIDADE

O sujeito ativo da obrigação tributária é o titular do direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária. Frequentemente, é identificado ao sujeito constitucionalmente competente para a instituição do tributo. À pessoa política, portanto. Entretanto, nem sempre o sujeito ativo é aquele competente para a instituição da norma. Quadra, aqui, distinguir *competência tributária* de *capacidade tributária ativa*.

A competência tributária pode ser definida como *'(...) a aptidão para criar tributos, descrevendo legislativamente suas hipóteses de incidência. Pode ser coloca-*

³⁷⁰ Para MARCO AURÉLIO GRECO, *"A intervenção supõe a idéia de provimento po ntual, circunscrito a uma determinada área, setor, segmento da atividade econômica, que apresente características que a justifiquem"* — *Contribuição..., op. cit.*, p. 16. Daí dizer o autor que, *"(...) se a intervenção só pode atingir setores determinados da atividade econômica, o universo dos respectivos sujeitos passivos estará limitado ao conjunto formado pelos que integram aquele setor. Se for necessário incluir no universo dos contribuintes outros que não pertençam ao setor específico, então é porque o setor efetivamente alcançado não é aquele, mas tem dimensão mais ampla, suficiente para abranger todos os alcançados"* — *Ibid.*, p. 17. Portanto, *"Se os contribuintes, indicados na lei que instituir a contribuição, não fazem parte do grupo ao qual a finalidade diretamente se atrela, das duas uma: ou falta racionalidade à exigência, o que fere o princípio da razoabilidade e a garantia do devido processo legal material; ou o grupo é mais amplo do que aparenta ser, dele fazendo parte também os contribuintes indicados na lei"* — *Ibid.*, p. 23.

³⁷¹ Nesse sentido, MARCO AURÉLIO GRECO, *Contribuições..., op. cit.*, p. 242 e PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA, *Contribuições..., op. cit.*, p. 63-64.

da no plano da atividade tributária em sentido primário e é, de consequência, logicamente anterior ao nascimento do tributo”³⁷². Já capacidade tributária “(...) é a possibilidade de uma pessoa figurar num dos pólos — positivo ou negativo — da obrigação tributária”³⁷³. Se, portanto, o sujeito figurar no pólo ativo da obrigação tributária, o que se terá será capacidade tributária ativa.

Desse modo, a pessoa competente para a instituição do tributo sempre terá a capacidade tributária ativa que, no entanto, é delegável, e pode ser transferida a uma outra pessoa, a qual fará as vezes de agente arrecadador. A esse sujeito detentor da capacidade tributária ativa, e portanto sujeito ativo nas relações tributárias, costuma-se denominar de *ente parafiscal* — i.e., ao lado, paralelo ao fisco. O fenômeno da para-fiscalidade implica, então, a transferência da capacidade tributária ativa a uma outra pessoa diversa daquela competente para a instituição do tributo. Isso significa vincular o produto da arrecadação tributária a um órgão, fundo ou despesa³⁷⁴.

Ora, as contribuições de intervenção no domínio econômico, podem, em algumas situações, ser tributos parafiscais: basta que sirvam de custeio a atividades interventivas realizadas por entidades diversas da União. Em tese, como sugere PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA, é possível delegar a uma agência reguladora a arrecadação de uma determinada CIDE, desde que estejam preenchidos todos os pressupostos de sua instituição, respeitando-se, inclusive, a finalidade, que, nesse caso particular, deve ser estreitamente ligada à atividade da agência no domínio econômico³⁷⁵. Pode-se imaginar, por exemplo, que as agências reguladoras ligadas àqueles serviços de interesse geral descritos anteriormente sejam entidades parafiscais, o que se harmonizaria com os próprios objetivos desses entes autárquicos³⁷⁶.

³⁷² ROQUE ANTONIO CARRAZZA, *O Sujeito Ativo da Obrigação Tributária*, p. 28.

³⁷³ *Ibid.*, p. 31.

³⁷⁴ Nem sempre o produto arrecadado que estiver vinculado a um fundo ou despesa, será parafiscal. Já se estiver vinculado a um órgão, será sempre marcado pela para-fiscalidade. De outro lado, anotamos que a impossibilidade de se vincular os impostos a qualquer órgão, fundo ou despesa — CF, art. 167, IV — veda a existência de impostos parafiscais. A para-fiscalidade apenas está aberta às taxas e às contribuições. É por isso que à contribuição-imposto antes identificada é vedada a vinculação do produto arrecadado, que deverá integrar a receita do caixa-geral do Estado. E, ainda mais, dessa contribuição-imposto está afastada a hipótese de atuação parafiscal.

³⁷⁵ *Contribuições...*, pp. 66-68.

³⁷⁶ Dizemos entes autárquicos porque no Brasil, até o presente momento, todas as agências

A possibilidade parece sobremaneira importante para ser ignorada, sobretudo naqueles casos em que as Agências Reguladoras sirvam a uma regulação de serviços públicos concedidos e à obtenção de concorrência nesses “mercados”. Tais serviços, industriais e comerciais, definidos, como se viu, por serviços de interesse geral, são modalidades recentes de serviços públicos, que operam em regime jurídico misto e que muitas vezes não atingem o pressuposto da universalização, hipóteses em que cabível a instituição de contribuição interventiva³⁷⁷. É exatamente nesses casos que parece ser mais importante a parafiscalidade, dado que a Agência Reguladora permaneceria em contato direto com a atividade prestada pelo concessionário e teria melhores condições de saber como aplicar os recursos arrecadados e em quais fruições específicas, de modo a obter aquele ideal de universalização que orienta a prestação do serviço público³⁷⁸.

reguladoras existentes são autarquias. A respeito, observa MARÇAL JUSTEN FILHO que *‘Isso si significa que se trata de uma pessoa jurídica dotada de personalidade jurídica de Direito Público, que não desempenha atividade econômica em sentido restrito. Mas a qualificação da agência reguladora como autarquia não significa reconhecer a identidade de seu regime jurídico com qualquer outra autarquia. Não existe um regime jurídico único para as autarquias, incumbindo à lei instituidora definir o conjunto de princípios e regras aplicáveis — sempre observados os princípios, regras e limites constitucionais, ressalva cuja obviedade até tornaria dispensável de fazer-se’* — **O Direito...**, op. cit., p. 391. E qualifica o autor as agências como autarquias especiais, expressão portadora de vasta indeterminação por seus numerosos significados, mas da qual *‘(...) um núcleo fundamental consiste na ausência de submissão da entidade, no exercício de suas competências, à interferência de outros entes administrativos. A produção dos atos de competência da autarquia não depende da aprovação prévia ou posterior da Administração direta, tal como não se verifica uma competência de revisão desses atos’* — *Id.* Daí identificar o autor a *‘(...) fragmentariedade do regime jurídico das agências’*, ao mencionar *‘(...) a pequena utilidade da qualificação da agência como uma autarquia’* — *Ibid.*, p. 392. É que: *‘Aplica-se a elas uma série de princípios e regras, inclusive de natureza constitucional. Mas isso não equivale a afirmar que o regime jurídico a elas aplicável é precisamente aquele do Dec.-lei nº 200 nem que se sujeitam a princípios e regras exatamente idênticos àqueles reservados para outras autarquias. Cada lei instituidora poderá adotar variações a propósito de seu regime jurídico’* — *Id.* Daí que a Agência não precise permanecer sempre sendo uma autarquia, podendo inclusive, em momento futuro, adquirir conformação jurídica própria, *‘(...) transformando-se em nova categoria integrante da Administração indireta’* — *Id.*

³⁷⁷ Parece-nos que hoje a mais carente de realização daquelas leis do serviço público identificadas por ROLLAND é a universalização, por isso a termos mencionado com maior relevância. Isso não significa, de outro lado, que não possam existir carências em outros dos pressupostos. Anotamos que sempre que existentes dificuldades na realização de qualquer deles, deve o Estado intervir para suprir a privação identificada.

³⁷⁸ A dificuldade existente na entrega da gestão das verbas arrecadadas com a contribuição interventiva para a Agência Reguladora, como de resto ocorre com toda a atividade regulatória, poderia ser a assimetria de informações entre o regulador e os regulados, clássica falha de mercado que dificultaria sobremaneira a atividade da Agência, já que ela tem pouca ou nenhuma informação precisa

Claro que nada disso implica não haver prévia vinculação de receita, cabendo ao órgão regulador decidir onde aplicar a verba arrecadada: essa decisão somente se poderá dar dentro da estreita margem delimitada pela própria vinculação já estatuída pela lei — e que deve existir, sob pena de inconstitucionalidade da contribuição interventiva. Melhor esclarecendo: deverá haver uma destinação do produto da arrecadação prevista na lei instituidora do tributo. A previsão, ainda, poderá ser razoavelmente genérica, porém deverá ser respeitado um núcleo mínimo, para aquém do qual a finalidade restaria descaracterizada. Dentro dessa margem genérica, o regulador então deverá decidir onde e como é mais adequado aplicar a verba, e não poderá, sob hipótese alguma, desviá-la para outra finalidade, sob pena de má gestão de recurso público.

Pode-se figurar, por hipótese, uma previsão de que a verba arrecadada seja aplicada na universalização do serviço público prestado. Ora, universalização é um conceito amplo, e o regulador teria liberdade para aplicar como melhor entendesse o recurso público assim arrecadado, desde que respeitado o núcleo básico da destinação: tornar universal o serviço³⁷⁹. Uma aplicação de verba que escapasse desse núcleo caracterizaria, de imediato, má aplicação do recurso.

Cabe aqui pequena digressão para observar que a verba que as Agências, nessas hipóteses, estariam gerindo, não seriam nem destinadas a elas diretamente, para sua própria gestão, e nem aplicadas em supostas “atividades de regulação”. Como procuramos deixar claro anteriormente, no capítulo V, a intervenção far-se-ia pela prestação de materialidades fruíveis aos agentes econômicos participantes do setor da economia sob intervenção, como é o caso já várias vezes mencionado da universalização dos serviços públicos. É hipótese, pois, que difere radicalmente da aplicação dos mon-

sobre a atividade dos agentes econômicos que regula. Essa situação poderia inclusive resultar na “captura” da Agência pelo regulado. Sobre a assimetria de informações, cf. FÁBIO NUSDEO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 143-146. No tocante à “teoria da captura”, cf. GEORGE J. STIGLER, *The Theory...*, *op. cit.*, *passim*.

³⁷⁹ A universalização, por mais que seja um conceito aberto, tem um núcleo mínimo que não pode ser ultrapassado. Além disso, a legislação pode impor determinadas prestações, delimitando e explicitando o aludido núcleo mínimo. É o que ocorre, v.g., no caso da legislação do setor de telefonia. A Lei Geral das Telecomunicações — lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 — prevê, em seu artigo 80, que a obrigação de universalização a que estão submetidos os concessionários será objeto de metas periódicas emitidas pelo Executivo Federal. Essas metas estabelecerão o desenho mínimo daquele núcleo mínimo mencionado.

tantes nas supostas “atividades regulatórias”, inerentes às próprias Agências e cuja remuneração não pode advir de contribuições sinalagmáticas. Financiar atividade de Agência não é financiar intervenção no domínio econômico³⁸⁰.

Configurados tais limites, entendemos possível e mesmo interessante que, em dadas hipóteses, às Agências Reguladoras seja entregue a gestão dos montantes arrecadados a título de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico.

5 O SUJEITO PASSIVO POSSÍVEL

O sujeito passivo ‘(...) *é a pessoa — sujeito de direitos — física ou jurídica, privada ou pública, de quem se exige o cumprimento da prestação*’³⁸¹. Frequentemente é a pessoa diretamente ligada ao fato praticado que dá nascimento à obrigação tributária: identifica-se, então, com o destinatário constitucional do tributo. Dizemos frequentemente porque, em diversas situações, a lei pode trazer previsões em que o sujeito passivo é diferente daquele que praticou o fato descrito na norma: trata-se do substituto tributário, que integrará a relação no lugar do destinatário constitucional.

Nas contribuições interventivas, porém, é impossível a existência de um sujeito passivo que não se identifique, diretamente, com o destinatário constitucional. De fato, é o destinatário constitucional que enseja a intervenção. É para ele que se volta a contribuição. Excluí-lo para inserir um outro sujeito passivo na relação seria distorcer

³⁸⁰ Tratando do tema, ROBERTO BOTELHO FERRAZ diz que ‘*No caso das agências, cuja função própria é de regular e fiscalizar a matéria posta a sua intervenção, com eficiência, os montantes a exigir haverão de ser compatíveis com as necessidades geradas por tal atividade. Além disso, cabe observar que tenderão a ser exigidas, por uma questão de necessária justiça fiscal, por meio de taxas (serão contribuições de intervenção no domínio econômico com hipóteses de incidência de taxa pelo efetivo exercício do poder de polícia)*’ [sic] — Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico**, p. 371. Em posição exatamente contrária à nossa, o autor entende que as CIDE’s servem para financiar “atividades regulatórias”, alocando -as no poder de polícia exercido pelo Estado. Reconhecemos, contudo, que o tema é polêmico, sobretudo porque sua delimitação depende do conceito que se tenha do vocábulo regulação, mais uma dessas expressões plenas de imprecisão e ambigüidade que povoam o jurídico. Sobre a idéia da regulação ligada à universalização do serviço público, sem adentrarmos aqui nas especificidades do vocábulo regulação, cf. DIOGO ROSENTHAL COUTINHO, A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação, in CALIXTO SALOMÃO FILHO (coord.), **Regulação e Desenvolvimento**, p. 65-86.

³⁸¹ PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, op. cit., p. 300.

a contribuição a ponto de descaracterizá-la. A finalidade, uma vez mais, estaria sendo descumprida. É o princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de adequação, que age nesse caso.

Por isso, o sujeito passivo só pode ser o destinatário constitucional, sem que exista margem a substituições ou sujeições indiretas.

6 A BASE DE CÁLCULO POSSÍVEL

A base de cálculo, *“(...) padrão, critério ou referência para medir um fato tributário”*, na expressão de AIRES BARRETO³⁸², *“(...) é a grandeza instituída na sequência da regra-matriz tributária, e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária”*³⁸³.

A base de cálculo, portanto, enquanto medida da materialidade tributária, deverá exatamente refletir esse critério material eleito pelo legislador a partir de determinados parâmetros-limite constitucionais, conforme indicamos antes, ao tratar da materialidade da hipótese normativa³⁸⁴. Se isso não ocorrer, será cindido o binômio base de cálculo/materialidade, fundamental para a determinação dos tributos. Portanto, a base de cálculo deverá ser uma decorrência natural do critério material, estando com ele intimamente afinada, para que haja CIDE. Se a base de cálculo negar a materialidade, e, em consequência, a finalidade estabelecida para a contribuição, duas serão as possibilidades: (i) tratar-se-á de uma outra espécie tributária, distorcida em sua materialidade, e que pode ou não ser constitucional, a depender de sua inserção no sistema, ou (ii) será uma outra contribuição interventiva, inconstitucional porque desrespeitadora de sua finalidade.

A base de cálculo, portanto, é mais um dado que deve espelhar a finalidade da contribuição de maneira fiel.

³⁸² **Base de Cálculo, Alíquota e Princípios Constitucionais**, p. 51.

³⁸³ PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 327.

³⁸⁴ É por isso que se pode falar em base de cálculo como medida da materialidade do fato jurídico tributário. A respeito, cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 173-175.

7 A ALÍQUOTA POSSÍVEL

A alíquota é ‘(...) o fator que se deve aplicar à base de cálculo para a obtenção da quantia que poderá ser exigida pelo sujeito ativo da relação’³⁸⁵. Dela, em conjunção com a base de cálculo, é que resultará o valor monetário a ser pago a título de tributo. Pode ser (i) *ad valorem*, quando representar um percentual a ser aplicado à base de cálculo, ou (ii) específica, quando representar um valor monetário já previamente estabelecido, em função de uma unidade de medida adotada, que será, nesses casos, a base de cálculo. Ambas as hipóteses são expressamente admitidas para as CIDE’s no texto constitucional — artigo 149, § 2º, III.

O estudo mais importante a ser realizado no quanto respeita às alíquotas das contribuições interventivas é a sua adequação, ou não, ao princípio da capacidade contributiva. Efetivamente, são as alíquotas, enquanto determinações do *quantum* tributário, que ensejam choque com esse importante princípio. O problema é complexo e merece estudo aprofundado, sendo sobretudo relevante no tocante às CIDE’s com função preponderantemente extrafiscal³⁸⁶. Não nos atreveremos mais do que indicar que sua solução se encontra na finalidade eleita para a contribuição: será constitucional toda e qualquer alíquota que, induzindo certo comportamento nos agentes econômicos, ou promovendo o financiamento de atividade estatal, realize a intervenção desejada.

Contudo, indo um pouco além em nossa análise, devemos deixar consignado que há um limite máximo que deve sempre ser respeitado: é o princípio do não-confisco. Se a alíquota for alta demais, poderá caracterizar confisco, de modo que injustificada a intervenção. Efetivamente, ultrapassado um certo nível, cuja determinação não é só jurídica, mas também econômica, a alíquota tornará a atividade particular

³⁸⁵ PAULO DE BARROS CARVALHO, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 177.

³⁸⁶ De fato, é nesses casos que se pretende desestimular as condutas dos agentes econômicos, daí o risco de, em sendo excessiva a alíquota, ocorrer o confisco. Nos casos de CIDE com função fiscal teleológica o problema não se põe, ao menos não com a mesma intensidade, pois o valor da alíquota deverá estabelecer correspondência não com a conduta praticada pelo agente, mas com o custo incorrido pelo Estado na prestação daqueles benefícios cuja implantação exigiu a atividade interventiva.

proibitiva. Nessa hipótese, não terá havido verdadeira indução, objetivo da contribuição, mas vedação à livre iniciativa, o que é frontalmente inconstitucional. A dificuldade maior é determinar, nesses específicos casos de indução, onde termina a indução e começa o confisco. Se uma alíquota mais elevada pretende desestimular o sujeito passivo da atividade que realiza, não pode ser suficientemente elevada a ponto de impedir-lhe o exercício da atividade. A linha divisória entre um conceito e outro — desestímulo e vedação —, como se vê, é fina e imprecisa. Só verdadeira e aprofundada análise do caso concreto é capaz de trazer respostas ao problema. Respostas, que, ainda assim, consideramos que serão duvidosas³⁸⁷.

8 O CRITÉRIO TEMPORAL POSSÍVEL

O critério temporal, como o define PAULO DE BARROS CARVALHO, é *“(...) o grupo de indicações, contidas no suposto da regra, e que nos oferecem elementos para saber, com exatidão, em que preciso instante acontece o fato descrito, passando a existir o liame jurídico que amarra devedor e credor, em função de um objeto — o pagamento de certa prestação pecuniária”*³⁸⁸. Trata-se da determinação do tempo em que a norma considera ocorrido o fato advindo daquele comportamento referido na materialidade da hipótese normativa.

O critério temporal não deve ser confundido, pois, com o estudo da aplicação das leis tributárias no tempo, como bem sublinha BARROS CARVALHO³⁸⁹. Daí porque afastarmos, de todo, a avaliação feita por TÁCIO LACERDA GAMA, que acredi-

³⁸⁷ Sobre o tema da vedação ao confisco em conflito com normas indutoras, cf. LUÍS EDUARDO SCHOUERI, *Normas...*, *op. cit.*, p. 301-311. O autor trata também, em outras passagens de sua marcante obra, da relação capacidade contributiva/indução, temática que também se relaciona de perto com a vedação ao confisco, especialmente às p. 281-300. JOSÉ ROBERTO VIEIRA expressa-se no mesmo sentido, entendendo que “(...) há, hoje, algo que nós poderíamos dizer que se aproxima de um certo consenso internacional quanto ao reconhecimento da aplicação de um mínimo de Igualdade à tributação extrafiscal — e esse primeiro raciocínio coube a Emilio Giardina, na Itália — que principia pela necessidade incontornável do respeito da extrafiscalidade ao mínimo existencial ou mínimo vital, como um limite inferior da capacidade contributiva, além da necessidade igualmente imprescindível do respeito à não confiscatoriedade, como um limite superior desse princípio” — *Tributos Federais* (“Mesa de Debates C” do “XVII Congresso Brasileiro de Direito Tributário”), **RDT**, n. 91, p. 76.

³⁸⁸ *Curso...*, *op. cit.*, p. 260-261.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 261.

ta não ser livre a escolha desse critério, pois *‘O legislador ordinário está adstrito ao cumprimento de alguns enunciados delimitadores da competência no tempo’*. Assim, destaca o autor, como limites ao critério temporal, os princípios da irretroatividade e da anterioridade³⁹⁰. Ora, esses “enunciados” são, exatamente, os princípios reitores da aplicação da lei tributária no tempo, e não podem ser tomados em conta na análise do critério temporal: ele é tão-só o limitador cronológico da incidência, define o momento exato em que ela se dá, *i.e.*, quando estará completo o fato sobre o qual a norma incidirá. A irretroatividade e a anterioridade, diversamente, são princípios de aplicação da lei no tempo, e não dizem respeito, diretamente, ao momento da incidência.

Para as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, como também se passa com uma grande gama de outros tributos, a Constituição não trouxe nenhum indicativo do momento da incidência. Esse momento cronológico, portanto, fica relegado à criação infraconstitucional, que sobre ele poderá dispor, desde que não haja desnaturação da materialidade pela eleição de um momento que não esteja compassado com a ação nuclear descrita na hipótese.

9 O CRITÉRIO ESPACIAL POSSÍVEL

O critério espacial, por sua vez, refere-se aos *‘(...) elementos necessários e suficientes para identificarmos a circunstância de lugar que condiciona o acontecimento do fato jurídico’*, como quer PAULO DE BARROS CARVALHO³⁹¹. Como o critério temporal, também não está pré-determinado constitucionalmente, sendo entregue, sua conformação, ao arbítrio do legislador³⁹².

Devemos observar, contudo, que esse arbítrio do legislador sofre limites. A Constituição veda a instituição de tributos com o efeito de limitar o tráfego de pessoas

³⁹⁰ **Contribuição...**, *op. cit.*, p. 211.

³⁹¹ **Teoria...**, *op. cit.*, p. 130.

³⁹² Desde que respeitada a finalidade da intervenção. Também quanto ao local da incidência, se houver desrespeito ao objetivo que guia a criação da contribuição, *i.e.*, a intervenção, o tributo será inconstitucional. Estamos vendo, uma vez mais, como a finalidade é relevante e imiscui-se, ainda que de forma sutil, em todos os critérios da norma tributária.

ou bens. Portanto, se uma CIDE estabelecer dificuldades à livre circulação de pessoas e bens será inconstitucional. Isso não quer dizer que a CIDE não possa ser utilizada para promover o desenvolvimento econômico de determinada região, estabelecendo, por isso, *discrímen*, desde que razoável. O que se deve cumprir, mais uma vez, é a *isonomia*: a distinção estabelecida deve ter uma razão lógica e defluir de comandos constitucionais promotores do desenvolvimento.

CONCLUSÕES

“Alguém poderia ficar tentado a acreditar que essa construção teria tido anteriormente alguma forma útil e que agora ela está apenas quebrada. Mas não parece ser este o caso; pelo menos não se encontra nenhum indício nesse sentido; em parte alguma podem ser vistas emendas ou rupturas assinalando algo dessa natureza; o todo na verdade se apresenta sem sentido, mas completo à sua maneira. Aliás não é possível dizer nada mais preciso a esse respeito, já que Odradek é extraordinariamente móvel e não se deixa capturar”³⁹³.

1 IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Os vários aspectos trazidos à análise ao longo do presente trabalho permitiram a identificação de um perfil constitucional para as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômica. Elas fundam-se em razões de interesse público para realizar intervenção, são controláveis pela proporcionalidade e, na medida em que instituídas por uma via tributária, devem respeito aos princípios que informam a Constituição Tributária. Sofrem, pois, mais limitações do que os tributos comuns, havendo maior exigência, portanto, quando de sua instituição.

Ademais, pudemos ainda identificar duas diferentes contribuições interventivas a partir do estudo de suas finalidades: (i) uma extrafiscal, identificada ao imposto e que lhe segue, em grande medida, o regime jurídico, e (ii) outra fiscal, cujo regime jurídico próprio é afeto às contribuições. Essas duas CIDE's produzem diferentes efeitos quando de sua incidência, o que pensamos ter demonstrado ao longo da descrição que fizemos.

É evidente que, nesse momento, a título apenas de chamar a atenção para algumas características do perfil constitucional das contribuições interventivas, falta-nos espaço para delinearmos os detalhes mais refinados. Esses detalhes, contudo, pensamos tê-los sublinhado ao longo do trabalho, de maneira que, com essas rápidas consi-

³⁹³ FRANZ KAFKA, A Preocupação..., *op. cit.*, p. 41-42.

derações finais, podemos passar a uma síntese conclusiva mais detalhada do esforço realizado.

2 SÍNTESE CONCLUSIVA DO TRABALHO

De todo o exposto, podemos aduzir as conclusões que se seguem:

Capítulo I:

1.1 — O Direito pode ser identificado com a norma que, expressa em linguagem, é proposição prescritiva de estrutura bimembre, ou seja, é formada por um descritor e um prescritor, aptos a interferir na conduta humana.

1.2 — O Direito, enquanto Ciência, é mais do que a mera soma das normas que compõe o ordenamento jurídico, mas é sistema porque dotado de repertório — as normas — e estrutura — as relações internormativas —, exigindo unidade, coerência e completude.

1.3 — O ordenamento jurídico positivo é um sistema coercitivo, dotado de uma relação de derivação normativa — estática jurídica — a partir da conformação das normas inferiores às superiores até a norma fundamental — dinâmica jurídica —, resultando em sistema unitário. É composto de regras e princípios, contendo estes últimos forte carga axiológica que deve ser sopesada no caso concreto, conferindo mobilidade ao sistema, que de outro lado também não é completo, mas aberto, semântica e pragmaticamente, e atualizável, tendendo à coerência e à completude.

1.4 — A validação normativa — imunização —, no sistema jurídico, pode ser condicional — quando remete a pressupostos materiais e formais — e finalística — quando remete à relação meio/fim, à obtenção de um resultado —, representando essa última hipótese um elemento a mais na avaliação da validade, sem que se abandone jamais o pressuposto condicional.

1.5 — A Constituição é o elemento fundante, centralizador do sistema jurídico, na medida em que os princípios nela positivados, explícita ou implicitamente, fornecem a base interpretativa de toda a normatividade, funcionando como vetores de atualização do sistema e cerrando-o, em unidade coerente, a cada interpreta-

ção/aplicação realizada pelo hermeneuta.

Capítulo II:

2.1 — A norma jurídica tributária, como qualquer outra norma, é bímembre, sendo formada por um antecedente — descritor — que imputa consequências a um conseqüente — prescriptor.

2.2 — O antecedente normativo carrega um conceito seletor de propriedades, eis que descreverá um evento do mundo do ser e o tornará fato jurídico. É composto por um critério material — que constitui seu núcleo, expresso por um verbo e seu complemento —, um critério espacial — que designa o âmbito territorial de abrangência da norma — e um critério temporal — que indica o exato momento do nascimento do liame jurídico.

2.3 — No conseqüente normativo está prevista a relação jurídica entre um sujeito ativo — o Estado ou, no caso de parafiscalidade, uma entidade estatal ou qualquer outra pessoa designada pela lei — e um sujeito passivo — que deverá deter capacidade contributiva e estar em relação mediata ou imediata com o fato tributável —, cuja realização importará o pagamento de um tributo obtido de uma base de cálculo — que mede as proporções reais do fato, compõe a específica determinação da dívida, e confirma, infirma ou afirma o verdadeiro critério material da hipótese tributária — sobre a qual se aplica uma alíquota —, que deverá ser uma fração da base de cálculo.

2.4 — A Constituição aponta sempre uma pessoa que deverá estar ligada ao fato tributário, daí porque necessário o acréscimo de mais um critério no descritor: o critério pessoal da hipótese (*destinatário constitucional*).

2.5 — O perfil constitucional das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico importa análise de sua regra-matriz constitucional, núcleo constitucional da regra-matriz, adicionada de quaisquer outros pressupostos constitucionais — notadamente aqueles da Constituição Econômica — que perfaçam o regime jurídico das contribuições interventivas.

Capítulo III:

3.1 — O ordenamento jurídico e o ordenamento econômico estão em constante relação de implicação, determinando-se mutuamente ao longo da História, reforçan-

do-se ou repelindo-se numa perene relação de tensão.

3.2 — A Análise Econômica do Direito — AED —, ou *Law & Economics*, pretende interpretar o fenômeno jurídico sob uma óptica econômica, de modo que as soluções do sistema visem à maior eficiência das trocas econômicas. Pode ser dividida em três distintos planos: (i) a Economia fornecendo informações ao Direito sobre realidades desconhecidas do jurídico, (ii) a Economia funcionando como base para uma hermenêutica jurídica segura, quando a própria norma elege um objetivo econômico como sua condição de validade, e (iii) a Economia interpretando o fenômeno jurídico como se econômico fosse, aplicando no todo do ordenamento uma racionalidade puramente econômica.

3.3 — Quando a norma jurídica eleger fenômenos econômicos para incidir, a Análise Econômica do Direito far-se-á imprescindível para auxiliar na hermenêutica jurídica, completando-a, sem contudo a ela se sobrepor. Sua atuação se dará, nesses casos, naquele segundo plano de interpenetração, devendo o terceiro ser prontamente afastado.

Capítulo IV:

4.1 — A *ordem econômica*, expressão ambígua e imprecisa, pode ser definida, em termos jurídicos, como um conjunto de normas reitoras dos modos de produção econômica, representando assim aquela parcela da ordem jurídica responsável pela institucionalização de uma determinada ordem econômica — mundo do ser.

4.2 — A expressão *Constituição Econômica* refere-se às regras jurídicas alocadas na Constituição ordenadoras da realidade econômica, daí sua proximidade com a locução *ordem econômica* — mundo do dever ser.

4.3 — Para superar ambigüidades, empregamos a expressão *Constituição Econômica* para referir a parcela da Constituição definidora da realidade econômica, ao passo que reservamos a locução *ordem econômica* exclusivamente para referir o mundo do ser. Devemos ter em mente, todavia, que nem sempre os textos normativos ou doutrinários empregam essas expressões nessas específicas acepções.

4.4 — A atuação do Estado na ordem econômica aparta-se da intervenção estatal, pois a primeira refere-se a toda e qualquer atividade estatal de reflexos econômi-

cos — incluídos aí os serviços públicos —, ao passo que a segunda — intervenção — respeita à atuação em domínio que não lhe é próprio, é de terceiros.

4.5 — A intervenção na ordem econômica pode ser direta — por participação ou por absorção — ou indireta — por direção ou por indução. No primeiro caso, o instrumento usado são as sociedades de economia mista e as empresas públicas, ao passo que, na segunda hipótese, o Estado utiliza-se de seu poder normativo e regulador.

4.6 — O serviço público, atividade estatal em sentido amplo, pode ser entendido como tendo seu núcleo no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Todavia, com a reforma do Estado caracterizada pela desestatização, certos serviços públicos passaram a integrar uma nova categoria, denominada *serviços de interesse geral*.

Capítulo V:

5.1 — Para além das sanções coercitivas, o Direito pode também operar com sanções “premiais”, positivas ou negativas, que busquem influenciar o comportamento dos sujeitos submetidos à normatividade, estimulando ou desestimulando suas condutas. Várias técnicas para a elaboração normativa podem ser usadas neste sentido, dentre elas a teoria dos jogos.

5.2 — O tributo pode influir na economia por via de sua função extrafiscal, modificando os custos das atividades particulares para estimular ou desestimular o comportamento dos agentes econômicos. A função extrafiscal, contudo, não é exclusiva, estando sempre conjugada a uma função fiscal e dela se distinguindo de forma tipológica, e não absoluta, ou especificante.

5.3 — Também a título de intervenção na economia, o tributo pode cumprir uma função preponderantemente fiscal, arrecadando verbas que sirvam para financiar a prestação interventiva do Estado. Essa função fiscal também pode ser acompanhada, em alguns casos específicos, de uma função extrafiscal.

5.4 — A tributação pode intervir, por via das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, nos serviços públicos, desde que eles sejam serviços públicos comerciais e industriais, caracterizados, após a desestatização, como *serviços de interesse geral*, prestados sob concessão e segundo o regime do artigo 173 da Constituição

Federal.

5.5 — As desvinculações de receita efetuadas nas Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico distorcem o sistema, produzindo disfuncionalidade nesses tributos e tornando-os inconstitucionais. O problema é sobretudo mais grave se a desvinculação for operada no plano constitucional, desrespeitando a principiologia que orienta a intervenção na economia.

5.6 — As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico exercem dupla função: extrafiscal, na medida em que produzam desestímulo no comportamento econômico dos contribuintes, e fiscal, na medida em que arrecadem valores a serem aplicados em uma finalidade interventiva.

5.7 — As limitações à intervenção tributária na economia não são previamente definidas, mas podem ser deduzidas no caso concreto pela incidência de um amálgama principiológico com raízes nas Constituições Econômica e Tributária, com especial relevo aos princípios da segurança jurídica, legalidade, especialidade, capacidade contributiva — implicando vedação ao confisco —, isonomia, livre iniciativa, propriedade privada, função social da propriedade e proporcionalidade.

Capítulo VI:

6.1 — No Direito, a classificação das espécies tributárias é normativa, eis que prevista na Constituição, não se podendo aceitar que as classificações sejam úteis ou inúteis.

6.2 — A classificação das espécies tributárias deve ser feita aplicando-se um critério intrínseco e, depois, somando-se a ele, um critério extrínseco ou finalístico, resultando em três espécies — impostos, taxas e contribuições —, que podem dividir-se em subespécies.

6.3 — Quando a CIDE tiver função preponderantemente extrafiscal, classificar-se-á como imposto — contribuição-imposto —, ao passo que somente quando tiver função fiscal — teleológica — poderá ser compreendida como verdadeira contribuição, mediatemente referida aos obrigados.

6.4 — Não há exigência de instituição de contribuições por via de lei complementar, e a referência feita no artigo 149 da CF à lei complementar respeita a uma lei

instituidora do regime geral das contribuições, no momento parcialmente inexistente.

Capítulo VII:

7.1 — A materialidade das contribuições interventivas com função preponderantemente extrafiscal estará delimitada externamente pelos impostos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, pelo imposto residual do artigo 154, I da Constituição Federal, pelos empréstimos compulsórios, por quaisquer outras contribuições já instituídas e pelas taxas. Também deve haver respeito às imunidades constitucionais, abrindo-se exceção apenas aos impostos extraordinários de guerra.

7.2 — A materialidade das contribuições interventivas com função preponderantemente fiscal está limitada externamente apenas pelas taxas e por outras contribuições, podendo, à míngua de vedação expressa, sobrepor-se às materialidades dos impostos, desde que ela seja adequada à finalidade.

7.3 — A incidência do princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de adequação, enseja a identificação de um destinatário constitucional tributário da contribuição interventiva, e que será sempre sujeito ligado à intervenção praticada.

7.4 — O sujeito ativo da CIDE é, via de regra, a União, mas ela pode delegar a gestão e a arrecadação da contribuição a outras entidades, inclusive Agências Reguladoras, criando contribuição parafiscal.

7.5 — Nas CIDE's, o sujeito passivo possível identifica-se ao destinatário constitucional dos tributos, não existindo margem para substituições tributárias ou sujeições indiretas.

7.6 — A base de cálculo deve medir o critério material eleito pelo legislador, sob pena de violar a finalidade da contribuição, incidindo em inconstitucionalidade.

7.7 — A alíquota possível estará adstrita a cumprir a finalidade, devendo ser suficientemente grande para financiar a atividade interventiva ou desestimular a conduta pretendida. Não pode, contudo, violar a capacidade contributiva, sob pena de violar a vedação ao confisco.

7.8 — O critério temporal foi deixado ao arbítrio do legislador, que pode sobre ele dispor desde que, nessa eleição, não produza desnaturação da materialidade pela eleição de um momento que não esteja no compasso da ação nuclear da hipótese.

7.9 — Também o critério espacial é livre, devendo ser restringido apenas quando estabeleça dificuldades à livre circulação de pessoas e bens.

3 O QUE RESTA DO ODRADEK?

Ao longo das páginas antecedentes, buscamos trazer alguma luz para a compreensão do regime constitucional das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, esses pequenos e rebeldes Odradeks normativos que dificilmente se deixam capturar. A disciplina da matéria estudada, como visto, é bastante complexa, e mesmo um esforço como o empreendido pode não ser suficiente para revelar todos os detalhes que cercam as diversas facetas das CIDE's. O Odradek, ainda fugidio e disfuncional, lembrando uma construção que um dia foi útil e mas que hoje está só quebrada, parece ainda permanecer mudo como a madeira que aparenta ser.

Esperamos, todavia, que pelo menos tenhamos ajudado no esforço de compreensão dessas quase inapreensíveis figuras tributárias. Se tivermos, ao menos, chamado a atenção para os diversos problemas existentes, lançando interrogações relevantes à comunidade científica, podemos estar satisfeitos de termos, ao menos, dado alguma contribuição ao tema. O desafio, de todo modo, permanece, e o poder tributário de que é dotado o Estado deve ser compreendido sempre em suas dimensões mais profundas, buscando-se sempre preservar a integridade e a liberdade do cidadão, mas sem afastar a dimensão e a importância sociais que o tributo carrega consigo.

Anotamos, por fim, que o trabalho jurídico-científico, qualquer que seja ele, é interminável. Não bastasse o estudo continuado das CIDE's, que ainda tem um campo pleno de dúvidas a serem solvidas, há, e parece-nos que sempre haverão, ainda outros Odradeks demandando estudo e atenção.

BIBLIOGRAFIA

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 3 ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ASSIS, Machado de. O Alienista. In: _____. **Obra Completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994, v. II, p. 253-288.
- ATALIBA, Geraldo. **Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: RT, 1969.
- _____. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. **República e Constituição**. 2. ed. Atualiz. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: RT, 1968.
- ÁVILA, Humberto Bergman. Contribuições na Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 308-327.
- _____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 24, p. 159-180, 1998.
- _____. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 3. ed. Aumen. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law**. 6. reimp. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed., atualiz. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed., atualiz. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Atualiz. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: RT, 1968.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: RT, 1978.

BARRETO, Aires. **Base de Cálculo, Alíquota e Princípios Constitucionais**. 2. ed., rev. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARRETO, Paulo Ayres. As Contribuições Sociais e a Tredestinação de seus Recursos. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n. 88, p. 184-191, [200?].

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de Outubro de 1988)**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BILANCIA, Paola. **Modello Economico e Quadro Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Contribución a la Teoria del Derecho**. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres, 1980.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed., trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1997.

BORGES, José Souto Maior. A Isonomia Tributária na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n. 64, [199-], p. 8-19.

_____. Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n. 63, [199-], p. 206-210.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 69 e parágrafo único, e art. 99, inciso XXXIII. Alienação, pelo Estado, de ações de sociedade de economia mista. ADI n. 234-1/RJ. Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Néri da Silveira. DJ 15/09/1995. Disponível em <www.stf.gov.br>, acesso em 18/04/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo objetivo. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

lidade. Lei orçamentária. ADI n. 2.925-8/DF. Confederação Nacional do Transporte — CNT e Presidente da República. Relatora: Ellen Gracie. DJ 19/12/2004. Disponível em <www.stf.gov.br>, acesso em 18/04/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Tributário. Adicional de Tarifa Portuária — ATP. Lei 7.700, de 1988, art. 1º, § 1º. RE n. 209365. Companhia Docas do Estado de São Paulo — CODESP e NAVIBRÁS — Comercial Marítima e Afretamentos Ltda. Relator: Carlos Velloso. DJ 07/12/2000. Disponível em <www.stf.gov.br>, acesso em 18/04/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Tributário. Adicional de Tarifa Portuária — ATP. Lei 7.700, de 1988, art. 1º, § 1º. RE n. 218.061. Companhia Docas do Estado de São Paulo — CODESP e NAVIBRÁS — Comercial Marítima e Afretamentos Ltda. Relator: Carlos Velloso. DJ 14/11/2002. Disponível em <www.stf.gov.br>, acesso em 18/04/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Constitucional. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços Recepção do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Execução. Observância do regime de precatório. Aplicação do artigo 100 da Constituição Federal. RE n. 220.906-9. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT e Ismair José da Costa. Relator: Maurício Corrêa. DJ 14/11/2002. Disponível em <www.stf.gov.br>, acesso em 18/04/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Tributário. Previdenciário. Contribuições Sociais: empresários. Autônomos e avulsos. Lei Complementar nº 84, de 18/01/96: Constitucionalidade. RE n. 228.321. Parceria Treinamento e Consultoria em Qualidade Ltda. e Outro e Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. Relator: Carlos Velloso. DJ 30/05/2003. Disponível em <www.stf.gov.br>, acesso em 18/04/2006

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Constitucional. Tributário. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: imunidade recíproca: CF, art. 150, VI, a. Empresa pública que exerce atividade econômica e empresa pública prestadora de serviço público: distinção. RE n. 407.099-5. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT e Município de São Borja. Relator: Carlos Velloso. DJ 06/08/2004. Disponível em <www.stf.gov.br>, acesso em 18/04/2006.

- CALVINO, Italo. O Raio. in: _____. **Um General na Biblioteca**. Trad. Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 16-17.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19. ed. Atualiz. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **O Sujeito Ativo da Obrigação Tributária**. São Paulo: RT, 1977.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 15. ed. atualiz. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. **Teoria da Norma Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- CASSESE, Sabino. **La Nuova Costituzione Economica**. 2. ed. 2. reimp. Bari: Laterza, 2001.
- COASE, Ronald H. **The Firm, The Market and The Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. **Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da Exoneração Tributária (O Significado do art. 116, parágrafo único, do CTN)**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. O Indispensável Direito Econômico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar/1965, v. 353, p. 14-26.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (coord.) **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65-86.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares: Serviço Público ‘à Brasileira’? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar e FGV, n. 230, p. 45-74, out-dez/2002.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Contribuições Sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Contribuições Sociais**. São Paulo: RT e CEU, 1992, p. 107-148.

_____. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: RT, 1988.

_____. Notas. In: BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed., atualiz. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Notas. In: BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FERRAZ, Roberto Botelho Catalano. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico**. São Paulo: RT, 2002, pp. 364-376.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito: Uma Investigação Histórica a partir da Obra Jusfilosófica de Emil Lask**. São Paulo: RT, 1976.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FISCHER, Octavio Campos. **A Contribuição ao PIS**. São Paulo: Dialética, 1999.

_____. As Espécies Tributárias no Ordenamento Jurídico Brasileiro, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 28, Curitiba: Imprensa Universitária, p. 227-248, 1994/95.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3. ed. 1. reimp. Rio de Janeiro: Nau e PUC, 2003.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3. ed. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 2. ed.

Ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (org). **Estudos de Regulação Pública I**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 173-317.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo — Parte General**, t. I. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 8. ed. Atualiz. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. A Destinação dos Recursos Decorrentes da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico — Cide sobre Combustíveis. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 104, p. 122-140, maio/2004.

_____. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico: Parâmetros para sua Criação. In: _____. (coord.). **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 9-32.

_____. **Contribuições (uma figura “sui generis”)**. São Paulo: Dialética, 2000.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Contribuições (Mesa de Debates ‘F’ do ‘XVII Congresso Brasileiro de Direito Tributário’). **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n. 91, p. 151-156, [200?].

_____. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico — Aspectos Constitucionais. In: **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n. 87, p. 345-354, [200?].

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HORVATH, Estevão. Das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (XVII Congresso Brasileiro de Direito Tributário). In: **Revista de Direito Tributário.** São Paulo: Malheiros, n. 91, p.140-150, [200?].

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público.** São Paulo: Malheiros, n. 26, p. 115-136, 1999.

_____. Contribuições Sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Contribuições Sociais.** São Paulo: RT e CEU, 1992, p. 149-170.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **O Imposto Sobre Serviços na Constituição.** São Paulo: RT, 1985.

_____. O Princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário. **Revista Trimestral de Direito Público.** São Paulo: Malheiros, n. 11, 1995, p. 44-58.

_____. **Sujeição Passiva Tributária.** Belém: CEJUP, 1986.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.** São Paulo: Dialética, 2003.

KAFKA, Franz. A Preocupação do Pai de Família. in: _____. **O Médico Rural.** 2. ed. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Brasiliense, 1991, p. 41-42.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. **Teoria Pura do Direito.** 4. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Económico.** Trad. Maria Teresa Costa.

Coimbra: Almedina, 1985.

LINOTTE, Didier; MESTRE, Achille; ROMI, Raphaël. **Services Publics et Droit Public Économique**. 3. ed. Paris: Litec, 1995.

LINS E SILVA, Joana. **Fundamentos da Norma Tributária**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MARQUES, Márcio Severo. **Classificação Constitucional dos Tributos**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **O Princípio da Moralidade no Direito Tributário**. 2. ed. Atualiz. São Paulo: RT e CEU, 1998.

MEDRANO, Humberto. El Principio de Seguridad Jurídica En La Creación e Aplicación del Tributo (Trabalho do Relator Geral das ‘XVI Jornadas LatinoAmericanas de Derecho Tributario’). **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n. 62, p. 133-156, [199-].

MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e suas Relações com a Economia**. Curitiba, 2004. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná.

_____. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. In: _____.; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 53-98.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

_____. Auto-regulação Profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório: A Alternativa Participativa e Flexível para a Administração Pública de Relações Setoriais Complexas no Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri, SP: Manole, 2003.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

NESTER, Alexandre Wagner. **A Doutrina das *Essential Facilities***: Compartilhamento de Infra-estruturas e Redes. Curitiba, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: Introdução ao Direito Econômico. 3. ed. Atualiz. São Paulo: RT, 2001.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. 3. ed. Ampl. Granada: Comares, 2004.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho**: Una Reconstrucción Teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Perfil Constitucional das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. In: GRECO, Marco Aurélio. (coord.). **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 155-184.

PLINIO, Giampiero Di. **Diritto Pubblico dell'Economia**. Milano: Giuffrè, 1998.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. I. 1. ed. Atualiz. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. Trad. Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

ROJAS, Francisco José Villar. **Las Instalaciones Esenciales para la Competencia**: Un Estudio de Derecho Público Económico. Granada: Comares, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo Ambiental**: Extrafiscalidade e Função Pro-

mocional do Direito. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As Classificações no Sistema Tributário Brasileiro. In: CARVALHO, Paulo de Barros (pres.) e TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Justiça Tributária: Direitos do Fisco e Garantias dos Contribuintes nos Atos da Administração e no Processo Tributário** (1º Congresso Internacional de Direito Tributário — IBET). São Paulo: Max Limonad, 1998, p.125-147.

SCAFF, Fernando Facury. A Desvinculação de Receitas da União (DRU) e a Supremacia da Constituição. In: _____.; MAUÉS, Antonio G. Moreira. **Justiça Constitucional e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 96-113.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Algumas Considerações sobre a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico no Sistema Constitucional Brasileiro: A Contribuição ao Programa Universidade-Empresa. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 357-373.

_____. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Atuação do Estado no Domínio Econômico. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 33-60.

SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de; GARCIA, Patrícia Fernandes de Souza. Nova Amplitude do Conceito de “Domínio Econômico”. In: GRECO, Marco Aurélio. (coord.) **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 79-90.

SPAGNOL, Werther Botelho. **As Contribuições Sociais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. In: _____. **The Citizen and the State: Essays on Regulation**. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1975, p. 114-141.

STIGLITZ, Joseph E. **Os Exuberantes Anos 90: Uma Nova Interpretação da Década**

mais Próspera da História. Trad. Sylvia Maria S. Cristovão dos Santos, Dante Mendes Aldrighi, José Francisco de Lima Gonçalves e Roberto Mazer Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SUNFELD, Carlos Ari. (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Contribuições para a Seguridade Social à Luz da Constituição Federal**. Curitiba: Juruá, 2002.

TÔRRES, Heleno Taveira. Pressupostos Constitucionais das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico: A CIDE-Tecnologia. In: OLIVEIRA ROCHA, Valdir de. **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**, v. 7, São Paulo: Dialética, 2003, p. 107-172.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 8. ed. Atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRAIN, Kenneth E. **Optimal Regulation: The Economic Theory of Natural Monopoly**. Chicago and London: The MIT Press, 1994.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VIEIRA, José Roberto. A Noção de Sistema no Direito. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 33.

_____. **A Regra-matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto**. Curitiba: Juruá, 1993.

_____. A Semestralidade do PIS: Favos de Abelha ou Favos de Vespa? **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 83, p. 88-106.

_____. E, Afinal, a Constituição Cria Tributos! In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Teoria Geral da Obrigação Tributária: Estudos em Homenagem a José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 594-642.

_____. Legalidade Tributária e Medida Provisória: Mel e Veneno. In: FISCHER, Octavio Campos (coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética,

2004, p. 175-216.

_____. **Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras.** São Paulo, 1999. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica.

_____. Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”. In: CARVALHO, Paulo de Barros (pres.) e SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). **Segurança Jurídica na tributação e Estado de Direito.** São Paulo: Noeses, 2005, p. 317-373.

_____. Prefácio. Contribuições das Empresas para a Seguridade Social: Miséria, Dificuldade e Interesse. In: KONKEL JUNIOR, Nicolau. **Contribuições Sociais: Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 15-22.

_____. Reforma Tributária: De Salomão a Souto, uma Armadilha. In: **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Curitiba**, n. 12, ano XIV, 1998, p. 57-62.

_____. Tributos Federais (Mesa de Debates “C” do “XVII Congresso Brasileiro de Direito Tributário”). **Revista de Direito Tributário.** São Paulo: Malheiros, n. 91, p. 74-81, [200?]

XAVIER, Alberto. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

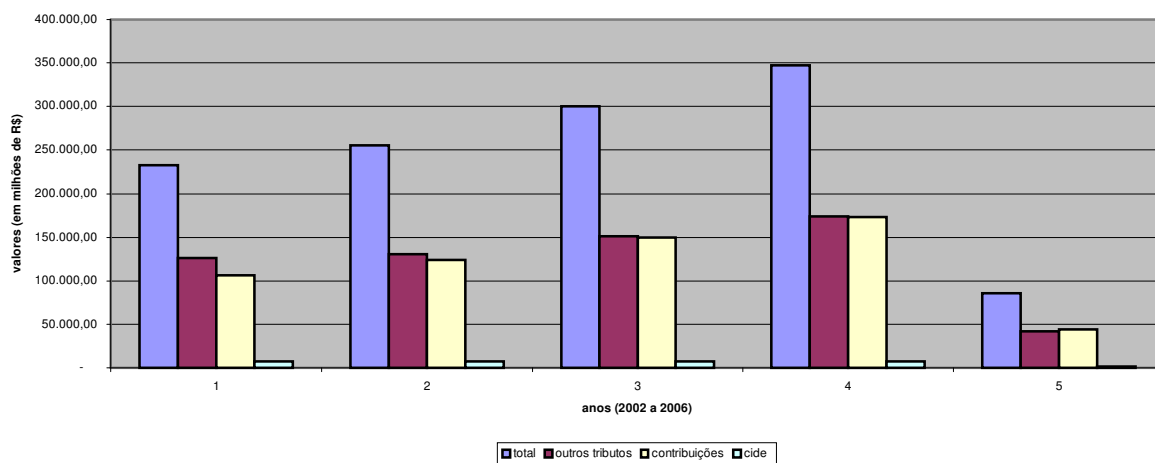
ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia.** 4. Ed., trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002.

ANEXO I — TABELA COMPARATIVA: PERCENTUAL DE ARRECADAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES EM GERAL E DAS CIDE’S EM PARTICULAR

TABELA COMPARATIVA						
Arrecadação total (em milhões de R\$) x arrecadação das contribuições em geral						
ano	total	outros tributos	contribuições	cide	contribuições (%)	cide (%)
2002	232.711,00	126.603,00	106.108,00	7.241,00	45,596%	3,112%
2003	255.122,00	130.930,00	124.192,00	7.496,00	48,679%	2,938%
2004	300.530,00	150.842,00	149.688,00	7.669,00	49,808%	2,552%
2005	346.955,00	173.774,00	173.181,00	7.680,00	49,915%	2,214%
2006*	86.207,00	42.089,00	44.118,00	1.789,00	51,177%	2,075%

*o ano de 2006 leva em conta valores consolidados até o mês de março

Comparativo de arrecadação (ano a ano)



ANEXO II — TABELAS E GRÁFICOS DE ARRECADAÇÃO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL



TABELA I
ARRECADAÇÃO DAS RECEITAS FEDERAIS
PERÍODO: DEZEMBRO DE 2001 E NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2002
(A PREÇOS CORRENTES)

UNIDADE: R\$ MILHÕES

RECEITAS	2002		2001	VARIACÃO (%)	
	DEZEMBRO	NOVEMBRO	DEZEMBRO	DEZ/02 NOV/02	DEZ/02 DEZ/01
IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO	711	764	540	(6,97)	31,59
I.P.I-TOTAL	2.020	1.742	1.733	15,91	16,52
I.P.I-FUMO	199	156	177	27,88	12,31
I.P.I-BEBIDAS	222	141	191	58,06	16,47
I.P.I-AUTOMÓVEIS	341	223	287	52,81	18,95
I.P.I-VINCULADO À IMPORTAÇÃO	391	434	288	(9,94)	35,69
I.P.I-OUTROS	866	788	790	9,83	9,60
IMPOSTO SOBRE A RENDA-TOTAL	8.186	6.581	6.914	24,38	18,39
I.RENDA-PESSOA FÍSICA	209	220	188	(4,92)	11,01
I.RENDA-PESSOA JURÍDICA	1.675	2.116	1.385	(20,87)	20,96
ENTIDADES FINANCEIRAS	194	683	177	(71,53)	9,56
DEMAIS EMPRESAS	1.480	1.434	1.207	3,26	22,64
I.RENDA-RETIDO NA FONTE	6.302	4.245	5.341	48,46	17,98
I.R.R.F-RENDIMENTOS DO TRABALHO	3.316	1.953	3.236	69,84	2,49
I.R.R.F-RENDIMENTOS DE CAPITAL	1.971	1.579	1.322	24,80	49,09
I.R.R.F-REMESSAS PARA O EXTERIOR	714	424	545	68,39	30,89
I.R.R.F-OUTROS RENDIMENTOS	300	289	238	3,99	26,26
IOF - I. S/ OPERAÇÕES FINANCEIRAS	351	324	311	8,06	12,72
ITR - I. TERRITORIAL RURAL	18	25	17	(29,70)	5,12
CPMF - CONTRIB. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA	2.134	1.713	1.592	24,55	34,04
COFINS - CONTRIB. P/ A SEGURIDADE SOCIAL	4.863	5.298	3.971	(8,22)	22,45
ENTIDADES FINANCEIRAS	298	405	222	(26,47)	34,38
DEMAIS EMPRESAS *	4.565	4.893	3.749	(6,71)	21,75
CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP	1.219	1.264	1.076	(3,55)	13,27
ENTIDADES FINANCEIRAS	62	74	50	(15,75)	25,32
DEMAIS EMPRESAS *	1.157	1.190	1.027	(2,79)	12,69
CSLL - CONTRIB. SOCIAL S/ LUCRO LÍQUIDO	897	1.014	717	(11,59)	25,13
ENTIDADES FINANCEIRAS	64	204	49	(68,81)	31,20
DEMAIS EMPRESAS	833	810	668	2,85	24,69
CIDE-COMBUSTÍVEIS *	536	661	-	(18,96)	-
CONTRIB. P/ PLANO SEGUR. SOCIAL SERVID.	551	502	577	9,75	(4,43)
CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDAP	34	36	36	(5,34)	(5,44)
OUTRAS RECEITAS ADMINISTRADAS	199	198	146	0,75	36,67
SUBTOTAL [A]	21.717	20.124	17.630	7,91	23,18
REFIS [B]	102	108	103	(5,14)	(1,35)
RECEITA ADMINISTRADA PELA SRF [C]=[A]+[B]	21.819	20.232	17.733	7,85	23,04
DEMAIS RECEITAS [D]	704	796	546	(11,56)	28,86
TOTAL GERAL DAS RECEITAS [E]=[C]+[D]	22.523	21.027	18.279	7,11	23,21

* Valores apurados na declaração da CIDE alocados nas respectivas contribuições.



TABELA I
ARRECADAÇÃO DAS RECEITAS FEDERAIS
PERÍODO: DEZEMBRO DE 2002 E NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2003
(A PREÇOS CORRENTES)

UNIDADE: R\$ MILHÕES

RECEITAS	2003		2002	VARIACAO (%)	
	DEZEMBRO	NOVEMBRO	DEZEMBRO	DEZ/03 NOV/03	DEZ/03 DEZ/02
IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO	662	673	711	(1,63)	(6,83)
I.P.I-TOTAL	1.997	1.821	2.020	9,63	(1,14)
I.P.I-FUMO	195	191	199	1,91	(2,29)
I.P.I-BEBIDAS	241	142	222	69,32	8,20
I.P.I-AUTOMÓVEIS	238	194	341	22,59	(30,14)
I.P.I-VINCULADO À IMPORTAÇÃO	383	386	391	(0,76)	(2,10)
I.P.I-OUTROS	940	908	866	3,56	8,58
IMPOSTO SOBRE A RENDA-TOTAL	8.968	8.518	8.186	5,28	9,56
I.RENDA-PESSOA FÍSICA	259	242	209	7,07	23,96
I.RENDA-PESSOA JURÍDICA	1.829	3.572	1.675	(48,81)	9,19
ENTIDADES FINANCEIRAS	270	636	194	(57,54)	38,85
DEMAIS EMPRESAS	1.559	2.937	1.480	(46,92)	5,30
I.RENDA-RETIDO NA FONTE	6.880	4.704	6.302	46,27	9,18
I.R.R.F-RENDIMENTOS DO TRABALHO	3.861	2.416	3.316	59,80	16,42
I.R.R.F-RENDIMENTOS DE CAPITAL	1.795	1.511	1.971	18,82	(8,92)
I.R.R.F-REMESSAS PARA O EXTERIOR	921	530	714	73,88	29,01
I.R.R.F-OUTROS RENDIMENTOS	303	247	300	22,70	0,91
IOF - I. S/ OPERAÇÕES FINANCEIRAS	405	367	351	10,31	15,46
ITR - I. TERRITORIAL RURAL	22	24	18	(8,75)	20,71
CPMF - CONTRIB. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA	2.155	1.836	2.134	17,39	1,01
COFINS - CONTRIB. P/ A SEGURIDADE SOCIAL	5.636	5.791	4.863	(2,67)	15,90
ENTIDADES FINANCEIRAS	398	449	298	(11,29)	33,52
DEMAIS EMPRESAS *	5.238	5.342	4.565	(1,94)	14,75
CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP	1.608	1.594	1.219	0,88	31,87
ENTIDADES FINANCEIRAS	64	78	62	(17,97)	2,43
DEMAIS EMPRESAS *	1.544	1.516	1.157	1,85	33,45
CSLL - CONTRIB. SOCIAL S/ LUCRO LÍQUIDO	1.775	1.481	897	19,86	98,01
ENTIDADES FINANCEIRAS	79	187	64	(57,90)	23,64
DEMAIS EMPRESAS	1.697	1.294	833	31,11	103,70
CIDE-COMBUSTÍVEIS *	717	644	536	11,25	33,75
CONTRIB. P/ PLANO SEGUR. SOCIAL SERVID.	502	526	551	(4,67)	(8,99)
CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDAP	43	28	34	55,16	24,58
OUTRAS RECEITAS ADMINISTRADAS	315	205	199	54,02	58,39
SUBTOTAL [A]	24.804	23.507	21.717	5,52	14,21
REFIS [B]	68	77	102	(11,92)	(33,24)
PAES [C]	233	229	-	1,83	-
RECEITA ADMINISTRADA PELA SRF [D]=[A]+[B]+[C]	25.105	23.813	21.819	5,43	15,06
DEMAIS RECEITAS [E]	718	706	704	1,76	2,04
TOTAL GERAL DAS RECEITAS [F]=[D]+[E]	25.823	24.519	22.523	5,32	14,65

* Valores apurados na declaração da CIDE alocados nas respectivas contribuições.



TABELA I
ARRECAÇÃO DAS RECEITAS FEDERAIS
PERÍODO: DEZEMBRO DE 2003 E NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2004
(A PREÇOS CORRENTES)

UNIDADE: R\$ MILHÕES

RECEITAS	2004		2003	VARIACAO (%)	
	DEZEMBRO	NOVEMBRO	DEZEMBRO	DEZ/04 NOV/04	DEZ/04 DEZ/03
IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO	785	890	662	(11,76)	18,58
I.P.I-TOTAL	2.183	2.159	1.997	1,09	9,32
I.P.I-FUMO	206	205	195	0,51	5,89
I.P.I-BEBIDAS	211	186	241	13,68	(12,29)
I.P.I-AUTOMÓVEIS	310	277	238	11,81	30,02
I.P.I-VINCULADO À IMPORTAÇÃO	455	505	383	(9,90)	18,87
I.P.I-OUTROS	1.001	986	940	1,45	6,43
IMPOSTO SOBRE A RENDA-TOTAL	12.259	6.765	8.968	81,20	36,70
I.RENDA-PESSOA FÍSICA	389	267	259	45,88	50,18
I.RENDA-PESSOA JURÍDICA	3.323	2.542	1.829	30,75	81,73
ENTIDADES FINANCEIRAS	346	331	270	4,78	28,37
DEMAIS EMPRESAS	2.977	2.211	1.559	34,63	90,97
I.RENDA-RETIDO NA FONTE	8.546	3.957	6.880	116,00	24,22
I.R.R.F-RENDIMENTOS DO TRABALHO	4.855	2.722	3.861	78,32	25,75
I.R.R.F-RENDIMENTOS DE CAPITAL	2.433	646	1.795	276,71	35,55
I.R.R.F-REMESSAS PARA O EXTERIOR	861	283	921	204,54	(6,47)
I.R.R.F-OUTROS RENDIMENTOS	397	306	303	29,94	30,95
IOF - I. S/ OPERAÇÕES FINANCEIRAS	554	423	405	30,82	36,86
ITR - I. TERRITORIAL RURAL	23	25	22	(10,55)	5,07
CPMF - CONTRIB. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA	2.961	2.102	2.155	40,82	37,37
COFINS - CONTRIB. P/ A SEGURIDADE SOCIAL	6.907	6.703	5.636	3,04	22,54
ENTIDADES FINANCEIRAS	455	356	398	27,85	14,27
DEMAIS EMPRESAS	6.452	6.347	5.238	1,65	23,17
CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP	1.739	1.708	1.608	1,85	8,20
ENTIDADES FINANCEIRAS	80	62	64	29,90	26,35
DEMAIS EMPRESAS	1.659	1.646	1.544	0,79	7,45
CSLL - CONTRIB. SOCIAL S/ LUCRO LÍQUIDO	1.637	1.266	1.775	29,29	(7,77)
ENTIDADES FINANCEIRAS	109	109	79	0,74	38,89
DEMAIS EMPRESAS	1.528	1.158	1.697	31,97	(9,94)
CIDE-COMBUSTÍVEIS	563	630	717	(10,72)	(21,47)
CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDAP	30	33	43	(7,46)	(29,78)
OUTRAS RECEITAS ADMINISTRADAS	293	311	315	(5,75)	(7,07)
SUBTOTAL [A]	29.934	23.017	24.302	30,05	23,17
REFIS [B]	59	57	68	3,79	(12,81)
PAES [C] *	238	238	233	(0,28)	1,93
RETENÇÃO NA FONTE - LEI Nº 10.833, ART. 30 [D] *	402	339	-	18,62	-
RECEITA ADMINISTRADA PELA SRF [E]=[A]+[B]+[C]+[D]	30.633	23.651	24.603	29,52	24,51
DEMAIS RECEITAS [F]	1.987	2.094	1.220	(5,11)	62,95
TOTAL GERAL DAS RECEITAS [G]=[E]+[F]	32.620	25.745	25.823	26,70	26,32

* Passivo Financeiro.



TABELA I
ARRECAÇÃO DAS RECEITAS FEDERAIS
PERÍODO: DEZEMBRO DE 2004 E NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2005
(A PREÇOS CORRENTES)

UNIDADE: R\$ MILHÕES

RECEITAS	2005		2004	VARIÇÃO (%)	
	DEZEMBRO	NOVEMBRO	DEZEMBRO	DEZ/05 NOV/05	DEZ/05 DEZ/04
IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO	785	785	785	0,01	(0,07)
I.P.I-TOTAL	2.673	2.436	2.191	9,73	21,99
I.P.I-FUMO	209	193	206	8,43	1,30
I.P.I-BEBIDAS	282	218	211	29,24	33,68
I.P.I-AUTOMÓVEIS	448	342	310	30,77	44,54
I.P.I-VINCULADO À IMPORTAÇÃO	471	485	455	(2,79)	3,51
I.P.I-OUTROS	1.263	1.198	1.009	5,44	25,19
IMPOSTO SOBRE A RENDA-TOTAL	15.981	9.794	12.278	63,17	30,16
I.RENDA-PESSOA FÍSICA	387	364	389	6,36	(0,63)
I.RENDA-PESSOA JURÍDICA	4.013	3.817	3.339	5,14	20,19
ENTIDADES FINANCEIRAS	651	496	346	31,33	87,96
DEMAIS EMPRESAS	3.362	3.321	2.993	1,23	12,35
I.RENDA-RETIDO NA FONTE	11.581	5.613	8.549	106,32	35,46
I.R.R.F-RENDIMENTOS DO TRABALHO	4.955	3.619	4.855	36,93	2,06
I.R.R.F-RENDIMENTOS DE CAPITAL	5.116	1.275	2.433	301,16	110,25
I.R.R.F-REMESSAS PARA O EXTERIOR	1.124	378	861	197,21	30,45
I.R.R.F-OUTROS RENDIMENTOS	387	341	400	13,31	(3,36)
IOF - I. S/ OPERAÇÕES FINANCEIRAS	553	564	554	(2,08)	(0,23)
ITR - I. TERRITORIAL RURAL	22	26	23	(15,20)	(3,39)
CPMF - CONTRIB. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA	2.712	2.742	2.961	(1,07)	(8,39)
COFINS - CONTRIB. P/ A SEGURIDADE SOCIAL	8.052	7.613	7.184	5,76	12,08
ENTIDADES FINANCEIRAS	509	464	455	9,54	11,85
DEMAIS EMPRESAS	7.544	7.149	6.730	5,52	12,09
CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP	2.086	1.857	1.803	12,32	15,74
ENTIDADES FINANCEIRAS	77	64	80	20,85	(4,43)
DEMAIS EMPRESAS	2.009	1.794	1.722	12,02	16,68
CSLL - CONTRIB. SOCIAL S/ LUCRO LÍQUIDO	2.016	1.901	1.730	6,02	16,53
ENTIDADES FINANCEIRAS	172	139	109	23,38	56,88
DEMAIS EMPRESAS	1.844	1.762	1.620	4,65	13,81
CIDE-COMBUSTÍVEIS	658	638	563	3,18	16,98
PAGAMENTO UNIFICADO	296	260	238	13,82	24,42
CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDAF	31	21	30	48,81	4,44
OUTRAS RECEITAS ADMINISTRADAS	347	301	293	15,21	18,18
RECEITA ADMINISTRADA PELA SRF [A]	36.212	28.938	30.633	25,14	18,21
DEMAIS RECEITAS [B]	782	896	1.987	(12,77)	(60,66)
TOTAL GERAL DAS RECEITAS [C]=[A]+[B]	36.994	29.835	32.620	24,00	13,41



TABELA II
ARRECADAÇÃO DAS RECEITAS FEDERAIS
PERÍODO: JANEIRO A MARÇO - 2006/2005
(A PREÇOS CORRENTES)

UNIDADE: R\$ MILHÕES

RECEITAS	2006	2005	VAR. (%)	PARTICIPAÇÃO (%)	
	[A]	[B]	[A]/[B]	2006	2005
IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO	2.279	2.196	3,77	2,51	2,60
I.P.I-TOTAL	6.378	6.014	6,05	7,04	7,12
I.P.I-FUMO	603	579	4,29	0,67	0,68
I.P.I-BEBIDAS	655	542	20,91	0,72	0,64
I.P.I-AUTOMÓVEIS	936	705	32,78	1,03	0,83
I.P.I-VINCULADO À IMPORTAÇÃO	1.306	1.211	7,84	1,44	1,43
I.P.I-OUTROS	2.877	2.977	(3,36)	3,17	3,52
IMPOSTO SOBRE A RENDA-TOTAL	30.891	28.136	9,79	34,07	33,30
I.RENDA-PESSOA FÍSICA	1.023	940	8,83	1,13	1,11
I.RENDA-PESSOA JURÍDICA	15.530	13.896	11,76	17,13	16,45
ENTIDADES FINANCEIRAS	3.307	2.811	17,65	3,65	3,33
DEMAIS EMPRESAS	12.223	11.085	10,26	13,48	13,12
I.RENDA-RETIDO NA FONTE	14.338	13.300	7,80	15,82	15,74
I.R.R.F-RENDIMENTOS DO TRABALHO	8.219	8.138	1,00	9,07	9,63
I.R.R.F-RENDIMENTOS DE CAPITAL	3.790	3.023	25,40	4,18	3,58
I.R.R.F-REMESSAS PARA O EXTERIOR	1.469	1.238	18,68	1,62	1,47
I.R.R.F-OUTROS RENDIMENTOS	859	901	(4,73)	0,95	1,07
IOF - I. S/ OPERAÇÕES FINANCEIRAS	1.510	1.418	6,46	1,67	1,68
ITR - I. TERRITORIAL RURAL	25	23	8,68	0,03	0,03
CPMF - CONTRIB. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA	7.362	7.079	4,00	8,12	8,38
COFINS - CONTRIB. P/ A SEGURIDADE SOCIAL	21.714	20.506	5,90	23,95	24,27
ENTIDADES FINANCEIRAS	1.276	1.328	(3,88)	1,41	1,57
DEMAIS EMPRESAS	20.438	19.178	6,57	22,54	22,70
CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP	5.800	5.224	11,04	6,40	6,18
ENTIDADES FINANCEIRAS	241	219	10,31	0,27	0,26
DEMAIS EMPRESAS	5.559	5.005	11,07	6,13	5,92
CSLL - CONTRIB. SOCIAL S/ LUCRO LÍQUIDO	7.453	6.900	8,02	8,22	8,17
ENTIDADES FINANCEIRAS	1.226	1.175	4,33	1,35	1,39
DEMAIS EMPRESAS	6.227	5.725	8,77	6,87	6,78
CIDE-COMBUSTÍVEIS	1.789	1.851	(3,39)	1,97	2,19
CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDAF	84	71	18,05	0,09	0,08
OUTRAS RECEITAS ADMINISTRADAS	923	777	18,85	1,02	0,92
RECEITA ADMINISTRADA [A]	86.207	80.194	7,50	95,09	94,93
DEMAIS RECEITAS [B]	4.451	4.287	3,83	4,91	5,07
TOTAL GERAL DAS RECEITAS [C]=[A]+[B]	90.658	84.481	7,31	100,00	100,00

GRÁFICO II-A
ARRECAÇÃO DO I. RENDA, IPI (EXCETO VINCULADO) E CONTRIBUIÇÕES ADMINISTRADOS PELA SRF
PERÍODO: JANEIRO DE 2002 A DEZEMBRO DE 2005
(A PREÇOS DE DEZEMBRO/05 - IPCA)

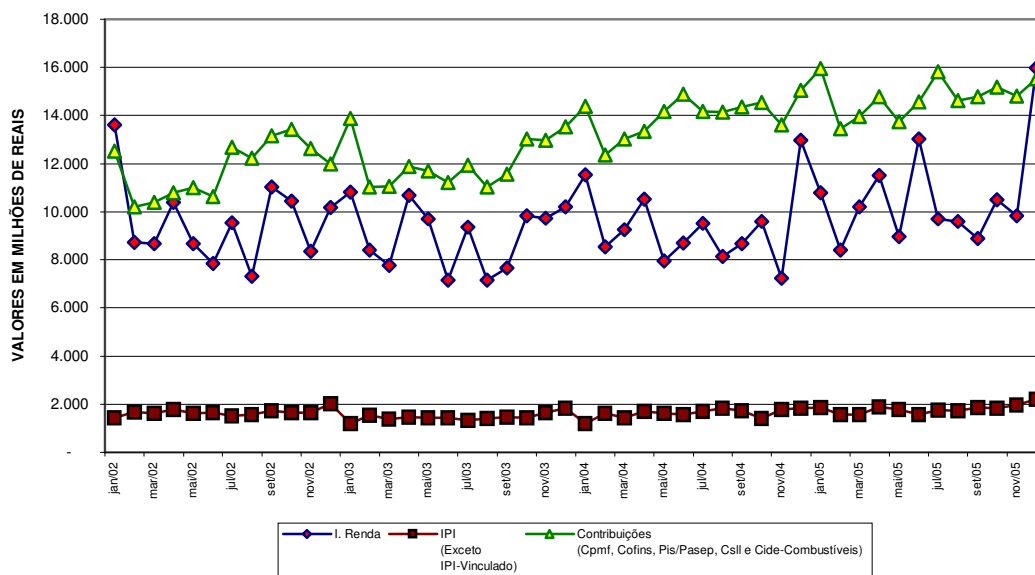


GRÁFICO II-A
ARRECAÇÃO DO I. RENDA, IPI (EXCETO VINCULADO) E CONTRIBUIÇÕES ADMINISTRADOS PELA SRF
PERÍODO: JANEIRO DE 2003 A MARÇO DE 2006
(A PREÇOS DE MARÇO/06 - IPCA)

